

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

ADRIANA TEODORO SHINMI

**DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O RECONHECIMENTO DO VALOR
JURÍDICO DO AFETO COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

CURITIBA
2011

ADRIANA TEODORO SHINMI

**DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O RECONHECIMENTO DO VALOR
JURÍDICO DO AFETO COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: **Prof. Luiz Edson Fachin**

**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANA TEODORO SHINMI

DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O RECONHECIMENTO DO VALOR JURÍDICO DO AFETO COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Luiz Edson Fachin
Orientador

Ana Carla Harmatiuk Matos
Primeiro membro

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Segundo membro

Curitiba, 07 de novembro de 2011.

Dedico este trabalho aos grandes amores da minha vida, meus pais, pelo amor incondicional, por não medirem esforços para a realização dos meus sonhos, por terem me guiado pelos caminhos corretos, me ensinado a fazer as melhores escolhas, me mostrado que é preciso sempre lutar pelo que queremos. Apesar de sermos ligados pelos laços de sangue, é, com certeza, o amor o que nos mantém unidos, que me sustenta e me faz extremamente feliz.

Ao meu irmão, pela alegria de todos os dias.

Ao meu amor, por estar sempre ao meu lado, pelo companheirismo, respeito, dedicação e incentivo.

Agradeço ao Orientador, Prof. Luiz Edson Fachin, pela sabedoria, atenção, paciência e boa vontade em que acompanhou este trabalho.

RESUMO

A presente monografia trata da questão da paternidade socioafetiva, tendo sempre como foco a importância do reconhecimento do afeto como valor jurídico a fim de que seja concretizada a dignidade da pessoa humana. O trabalho é dividido em duas grandes partes, a primeira cuida da família e da evolução de seu conceito no direito brasileiro, destacando-se, devidamente, as repercussões que estas alterações causaram no estabelecimento da paternidade. Sendo assim, no primeiro capítulo, a função que se tem é a de delimitar a família do sistema clássico, explicitando, para isso, cada uma das principais características deste modelo acolhido pelo Código de 1916, quais sejam, o patriarcalismo, a hierarquização, a transpessoalidade, o casamento como única forma de constituição e o tratamento discriminatório dos filhos. Na sequência, passa-se a análise da família constitucionalizada e repersonalizada, destacando-se o papel do afeto dentro de sua nova configuração, onde se têm a ausência de um modelo, a igualdade entre os membros o eudemonismo. Como reflexo disto, nas relações paterno-filiais, surge, então, outros dois modos de estabelecimento. Ao lado da paternidade legal, estabelecida pela presunção *pater is est*, ganha espaço, também, o critério biológico, sustentado pelo quase perfeito exame de DNA, o qual, sendo insuficiente, faz nascer o terceiro, o socioafetivo, que, por focar-se em uma paternidade centrada na tutela dos princípios constitucionais da afetividade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, é o que se tem por centro do presente estudo. Na segunda parte, analisa-se, especificamente, a socioafetividade na filiação, sendo abordadas as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, a abertura do conceito de parentesco civil, a inseminação artificial heteróloga, bem como outras espécies de filiações constituídas pela relação jurídica do afeto. Após, há o devido destaque ao conceito de posse de estado de filho, já que determinante no que diz respeito ao estabelecimento da paternidade do afeto. Por fim, cumpre-se trazer à análise, os efeitos jurídicos do reconhecimento da paternidade socioafetiva, a importância de buscar-se o equilíbrio entre as paternidades biológica e afetiva e a considerável prevalência desta última, com base em julgados do STJ e tribunais pátrios, sempre com atenção à concretização da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Constitucionalização das relações paterno-filiais. Paternidade socioafetiva. Afeto. Posse de estado de filho. Princípio da dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
PARTE I - DA ESTRUTURA FAMILIAR PATRIARCAL À FAMÍLIA EUDEMONISTA E AS REPERCUSSÕES NA DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE.....	14
CAPÍTULO 1 - A FAMÍLIA DO SISTEMA CLÁSSICO: ORIGENS E CONTORNOS	14
1.1. Considerações sobre a história da família	15
1.2. O modelo do Código Civil de 1916: a família patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal.....	18
1.3. A ênfase ao tratamento discriminatório da filiação	21
CAPÍTULO 2 - A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA: A REPERSONALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS.....	24
2.1. A constitucionalização do direito civil de família	25
2.2. O papel do afeto para o estabelecimento de uma nova função da família ..	28
2.3. Uma nova configuração: ausência de modelo, igualdade entre os membros e eudemonismo	31
CAPÍTULO 3 - DOS CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE: O CAMINHO PERCORRIDO PELO DIREITO BRASILEIRO.....	35
3.1. Paternidade jurídica: a presunção <i>pater is est</i>	35
3.2. O fator genético e a revolução causada pelo exame de DNA.....	38
3.3. O critério socioafetivo: A paternidade à luz dos princípios constitucionais da afetividade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança.....	41
PARTE II - A SOCIOAFETIVIDADE NA FILIAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO CONCEITO DE PATERNIDADE COM BASE NO RECONHECIMENTO JURÍDICO DO AFETO.....	47
CAPÍTULO 1 - O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS FUNDAMENTOS LEGAIS DA PATERNIDADE AFETIVA.....	47
1.1. A abertura do conceito de parentesco civil	47
1.2. A inseminação artificial heteróloga.....	49
1.3. Outras espécies de filiações constituídas pela relação jurídica do afeto	51
CAPÍTULO 2 - POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	59
2.1. Noções e conteúdo da posse de estado	59
2.2. A posse de estado de filiação e sua caracterização	61
2.3. Sentido, papéis e função.....	66

CAPÍTULO 3 - RECONHECIMENTO, EFEITOS E PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	70
3.1. Formas de reconhecimento e efeitos jurídicos.....	70
3.2. A filiação socioafetiva como instrumento para a concretização da dignidade da pessoa humana	77
3.3. Quem é o pai? o conflito entre a paternidade biológica e afetiva.....	81
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94

INTRODUÇÃO

As relações dos indivíduos em sociedade impõem mudanças na estrutura das velhas leis, de modo que o Direito possa dar conta da realidade e não, contrariamente a isso, fique enclausurado na estrutura dada e construída em época diversa da vivenciada.

Por forças de necessidades atuais, novas regras são imprescindíveis para a solução dos novos problemas de nosso tempo. O que se verifica é que, de certa forma, os fatos insistem em se revoltarem contra o Código, e não é diferente, antes mais pungente, no que diz respeito às alterações concernentes à família.

E é por isso que o Direito de Família, assim como os seus conceitos jurídicos devem perder aquele caráter, uma vez lhes conferidos, de certos e imutáveis, para serem reconhecidos como verdadeiramente se apresentam, dotados de complexidade, dinamicidade e em constante transformação.

O final do século passado se deparou com uma nova concepção de família, fundada no afeto, marcada pela pluralidade, igualdade e democracia, restando por ultrapassada toda a concepção que até então se tinha de família.

A família retratada pelo Código Civil de 1916 estava intrinsecamente ligada ao modelo econômico-social do final do século XIX. Era, normalmente, numerosa, figurando os filhos como força produtiva; a figura central era a paterna, que além de pai e marido, detinha o poder sobre todos os demais membros componentes do grupo. O valor que a ela se dava era muito mais em razão de sua importância enquanto instituição que deveria ser mantida do que em relação às pessoas que dela faziam parte. Daí as suas principais características de entidade patriarcal, patrimonializada, hierarquizada e transpessoal.

Além destas, a família do antigo diploma legal se caracterizava por ser uma família matrimonializada, em que o casamento era a única maneira de constituí-la, tendo, se assim fosse formada, o status de *legítima*. E neste sentido, a filiação, decorrendo ou não de uma união matrimonial, restava por dividida também em legítima e ilegítima. Eis um sistema que deixava os filhos sem pais e não reconhecia qualquer outra forma de entidade familiar que não se encaixasse naquele excludente molde legal.

Ser filho, lá, estava ligado a ter vínculo consangüíneo, vez que o fato atributivo da relação paterno-filial era a procriação, sendo que, quando esta não

existia, na tentativa de reproduzir em regras jurídicas a possibilidade e a probabilidade da concepção biológica, o *status* de filho era constituído com base apenas no critério da presunção de *pater is est*, o que, mais uma vez, contribuía para a discriminação dos filhos, conforme concebidos ou não na vigência do casamento.

Todo este modelo outrora em vigor e com grande força, chegando a parecer muitas vezes até inatacável, com a evolução das relações sociais e culturais, sofreu grandes alterações, de modo que, num primeiro momento, homens e mulheres passaram a ser considerados iguais, o que teve o condão de possibilitar, em seguida, uma reestruturação da situação familiar, eliminando todo e qualquer carácter discriminatório em relação aos filhos.

Ganha lugar uma nova mentalidade, atenta aos anseios dos integrantes da família, tendo como centro a pessoa humana e não os aspectos patrimoniais. O foco passa a ser os interesses existenciais, e a família, precipuamente, como o lugar de desenvolvimento da personalidade dos sujeitos. Eis o surgimento do chamado eudemonismo.

Essa nova configuração familiar foi acolhida pela Constituição Federal de 1988, que ao instituir o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, reconheceu que a composição familiar está exposta a questões inerentes a valores como o amor e a solidariedade, com repercussão principalmente para a evolução das noções de paternidade e filiação, que acabam, também, adentrando no terreno da afetividade.

Quebra-se aquela ideia de que família derivava exclusivamente do casamento para que outras entidades pudessem, também, ser assim reconhecidas: é a pluralidade das formas ganhando espaço no Direito de Família. No mesmo sentido, encerra-se a discriminação entre filhos, estabelecendo-se, de uma vez por todas, a unificação do instituto da filiação e a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem. Instaura-se um sistema de garantias no que se refere ao direito de todos de poder saber e ter por reconhecida a sua verdadeira paternidade.

E assim sendo, inicia-se uma estrutura de busca da verdadeira paternidade, a qual, outrora, encontrava-se impossibilitada em razão das formalidades legais que se apresentavam na forma de uma presunção jurídica. Juntamente com esta há o surgimento, ainda, de um método científico de determinação de paternidade com

quase absoluta precisão, o DNA, que, em função da confiabilidade que dotava a prova da filiação consanguínea, faz nascer um período de extrema valorização do vínculo genético, fenômeno conhecido como biologização das relações paternas.

Ocorre que, além do laço de sangue, percebeu-se que a paternidade também se constituía, assim como no casamento e nas relações familiares como um todo, pelo afeto. As hesitações trazidas pelo avanço das técnicas de reprodução assistida e a crescente valorização de elementos subjetivos na atribuição da paternidade, faz-se constatar um novo elemento presente nas relações paterno-filiais: a afetividade.

Bem é verdade, não haveria como ignorar o elemento afeto das relações entre pais e filhos, vez que, embora na maioria dos casos, a filiação se dê entre pais e filhos biológicos, há um grande número, e isso só vem crescendo, de famílias em que o único vínculo existente é o afetivo.

Estes novos rumos traçados pelo Direito de Família constitucionalizado, todavia, entram em choque com o sistema adotado pelo Código Civil brasileiro, que, de certa forma, prioriza os laços biológicos da paternidade. Não obstante tenha sido esta a escolha do legislador, é sabido e evidente em todo o mundo jurídico que os laços biológicos não são mais suficientes para a determinação da relação paterno-filial, vez que esta não se restringe ao ato da procriação ou da revelação dos atos de sangue. Mais do que ato físico, a paternidade é um ato de opção. Mais do que mero determinismo biológico, ser pai e ser filho é algo que precisa estar coberto pelo manto do desejo.

Assim, não há a possibilidade de se defender um conceito unívoco de paternidade, mas sim a pluralidade deste, que levada a cabo, tende a valorizar o elemento afetivo da filiação, pois a relação entre pai e filho, na verdade, é algo que se constrói e não algo dado.

Com a valorização do afeto nas relações familiares, essa realidade passa a ser apreendida pelo Direito, entrando em cena uma verdade sociológica da filiação, captada pela noção de “posse de estado de filho”, noção esta que, apesar da reconhecida importância jurídica, exerce, ainda, um papel secundário no ordenamento jurídico, vez que pelo legislador não foi reconhecida expressamente no que diz respeito à determinação da paternidade não biológica.

E é aí então que entra em cena o papel da jurisprudência, que à luz de uma hermenêutica construtiva, vem desempenhando um papel de extrema relevância no que tange à valorização jurídica do afeto.

Assim, diante das tantas mudanças da família e da sociedade e das lacunas no Código que daí surgem é que se chega à necessidade e relevância do tema, a fim de balizar a busca pela verdadeira paternidade, a qual se alcança levando em consideração o elemento afetivo, que se apresenta, sem dúvida, como o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados ao ser humano em desenvolvimento.

A análise aqui a ser realizada, implicará, primeiramente, na revisão do conceito de família, sua evolução e as repercussões na determinação da filiação, de forma a assinalar uma repersonalização do nosso Direito de Família, tendo como foco e base o princípio da dignidade da pessoa humana e seu principal desdobramento, a afetividade. Para tanto, no primeiro capítulo da primeira parte analisar-se-á a família do sistema clássico, iniciando-se a análise pela família primitiva até se chegar ao modelo do Código Civil de 1916, com ênfase ao tratamento discriminatório dispensado aos filhos.

Na sequência, analisar-se-á a família constitucionalizada e a repersonalização entre pais e filhos, o papel do afeto para o estabelecimento de uma nova função da família e sua nova configuração à luz dos princípios constitucionais, marcada pela ausência de modelo, pela igualdade entre os membros e pelo eudemonismo.

No terceiro capítulo, ainda da primeira parte, o objetivo é a demonstração do caminho percorrido pelo Direito Brasileiro no estabelecimento da paternidade: num primeiro momento, o grande papel desenvolvido pela presunção *pater is est* criada pela lei, após o critério biológico acompanhado e prestigiado em razão do *boom* do exame de DNA e finalmente, o elemento afetivo, primordial no presente estudo no sentido de observância dos princípios da afetividade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança.

A segunda parte do trabalho, por sua vez, cuida especificamente da socioafetividade na filiação, em outras palavras, dá conta da construção de um novo conceito de paternidade com base no reconhecimento jurídico do afeto. No capítulo primeiro, cuidar-se-á dos fundamentos da paternidade afetiva no Código Civil de 2002, a abertura do conceito de parentesco civil, a inseminação artificial heteróloga,

bem como o acolhimento de outras espécies de filiações constituídas pela relação de afeto.

Após, a atenção ao conceito de posse de estado de filho, suas noções e conteúdo, elementos caracterizadores, sentido, papéis e função. E por fim, no sexto capítulo do trabalho como um todo, o reconhecimento da filiação socioafetiva. Tratar-se-á, aqui, das formas de reconhecimento e os efeitos jurídicos deste; da filiação socioafetiva como instrumento para a concretização da dignidade da pessoa humana; e dos conflitos existentes entre as paternidades e do papel da jurisprudência na resolução destes.

Todo este caminho percorrido, é importante ressaltar, mediante a utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tem como objetivo primordial a demonstração da relevância do afeto, bem como a necessidade de seu reconhecimento como valor jurídico, a fim de que possa sê-lo considerado na determinação da paternidade, sendo esta estabelecida com o sentido de instrumento de solidificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

PARTE I – DA ESTRUTURA PATRIARCAL À FAMÍLIA EUDEMONISTA E AS REPERCUSSÕES NA DETERMINAÇÃO DA PATERNIDADE

CAPÍTULO 1 – A FAMÍLIA DO SISTEMA CLÁSSICO: ORIGENS E CONTORNOS

A concepção de família tem sofrido, desde sempre, profundas alterações, já que se configura como um dos temas mais antigos a ser estudado em função da vida, continuidade e organização da sociedade. Na verdade, não se tem e nem se poderia ter um conceito unitário e estático de família, pois ela se traduz como todo um conjunto de valores sociais, econômicos, políticos e culturais que acompanha a evolução dos povos.

Apesar disso, mister se faz destacar que, de uma ou de outra forma, há algo em sua essência que é comum às diversas culturas e tempos. “*A família é, foi e será sempre a célula básica da sociedade*”¹. Mais ainda: é a partir dela que se estabelecem todas as demais relações sociais.

Ora, é inegável o potencial de mutabilidade que se contém nas relações sociais de natureza familiar. O que parece ser o melhor modelo num determinado tempo, já não ocupa o mesmo privilegiado lugar logo depois, em tempo ainda mais próximo. Apenas uma coisa é certa e parece não mudar jamais: o fato de as pessoas não abandonarem a preferência pela vida em família, seja de que molde ou tipo se constitua seu núcleo familiar².

Com efeito, a família, ao longo do tempo, tem sofrido intensas mudanças nas suas diversas formas, desde a sua origem até os dias atuais. Em relação ao caso brasileiro, estas mudanças significam a superação do modelo tradicional da família patriarcal, substituindo-o pela concepção personalizada e nuclear das relações familiares. Entretanto, até que se chegue a este ponto, a análise dos precedentes e da trajetória percorrida tem se mostrado indispensável.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família do Século XXI**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub07.html> Acesso em 11 de abril de 2011.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do direito civil no século XXI**. Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pela PUC/MG. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=15>> Acesso em 11 de abril de 2011.

1.1. Considerações sobre a história da família

A origem etimológica da palavra família advém do vocábulo latino *famulus*, que significa servo ou escravo, sugerindo que primitivamente considerava-se como sendo um conjunto de escravos ou criados de uma mesma pessoa.

Ao contrário do que possa parecer, assim como da posição da maioria doutrinária, a fonte primeira da família não foi a romana. Na verdade, consoante entendimento de Eduardo de Oliveira Leite³, não há conhecimento de quando ela teria surgido, sendo possível, apesar disso, a afirmação de tê-la anterior ao Estado e ao Direito.

A selvageria era o traço definidor da família dos tempos remotos. O homem estava subordinado à natureza na busca de meios de sobrevivência. O sexo, a exemplo do que ocorria com os animais, era simples expressão da necessidade biológica do ser humano. Já nesta época o homem garantiu sua supremacia sobre a mulher, uma vez que, com o aparecimento do fogo e a descoberta dos metais, passou a dominar a natureza, enquanto à mulher era reservado o “ninho” e a prole.

Como se percebe, desde sempre as tarefas foram divididas entre homens e mulheres, dado este que, de certa forma, vai acompanhar irremediavelmente a história da humanidade até o século XX⁴.

A noção de família, segundo o supracitado autor, em verdade, surge a partir da utilização da cerâmica, da fundição do ferro e da agricultura, quando os grupos começam a se instalar em determinados locais, diminuindo a necessidade de o homem sair à busca de subsistência, o que, conseqüentemente, aumentava o contato com sua mulher e filhos.

A primeira família que se conhece é a fundada na consanguinidade⁵. Nesta, a característica principal era a promiscuidade, pois ausentes regras entre as relações adultas, bem como quanto ao número de parceiros que cada um poderia ter. Essa promiscuidade, no entanto, não era entendida como imoralidade, e sim determinada pelas concepções morais de cada tribo, de acordo com os valores que ali se cultivavam. Exemplo típico de tal forma de organização familiar seriam os

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p.03.

⁴ IDEM. p.16.

⁵ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Disponível em <<http://www.moreira.pro.br/textose37.htm>>, 3º página. Acesso em 11 de abril de 2011.

descendentes de um casal, em cada uma das sucessivas gerações, serem entre si irmãos e irmãs e, maridos e mulheres uns dos outros.

Como evolução da família consanguínea, tem-se a família punalua⁶, na qual ocorre a exclusão dos irmãos uterinos e posteriormente dos colaterais das relações sexuais recíprocas. De um lado se tinham as mulheres ou irmãs que formavam um núcleo de uma comunidade, de outro, seus irmãos, os quais estavam proibidos de serem seus maridos. Surge, então, pela primeira vez, a categoria de sobrinhos e sobrinhas, primos e primas. A principal característica dessa forma de família, por sua vez, era a comunidade recíproca de maridos e mulheres ou casamento por grupos, onde não se sabia quem era o pai, apenas a mãe, a qual tinha supremacia no grupo.

Foi, então, consolidando-se a união conjugal por pares à medida que se faziam mais numerosas as classes de irmãos e irmãs entre os quais agora era impossível o casamento. Com o tempo tornou-se proibido o matrimônio entre parentes, o que levou à substituição daquela união por grupos pela chamada família sindiásmica. Neste tipo de família,

“um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens [...]; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado”⁷.

Com o aumento das riquezas, o homem passa a figurar na família como mais importante que a mulher, o que, conseqüentemente, criava a ideia de se utilizar desta situação a fim de reverter em benefício dos filhos aquela ordem de sucessão fundada na filiação segundo o direito materno. Tendo esta sido abolida, estabeleceu-se, então, a filiação masculina e o direito hereditário paterno. Surge a família monogâmico-patriarcal.

O desmoronamento do direito materno, a *grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo*. O homem apoderou-se também da direção da

⁶ Termo utilizado por Engels em sua obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, a partir da conceituação formulada pelo antropólogo americano Lewis Henry Morgan.

⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Disponível em <http://www.moreira.pro.br/textose37.htm>, 3º página. Acesso em 11 de abril de 2011.

casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. Essa baixa condição da mulher, manifestada sobretudo entre os gregos dos tempos heróicos e, ainda mais, entre os dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocada, dissimulada e, em certos lugares, até revestida de formas de maior suavidade, mas de maneira alguma suprimida⁸.

Aqui, o traço característico é a organização dos indivíduos em submissão ao poder paterno de seu chefe, o que, mais tarde, geraria uma solidez muito maior dos laços conjugais, haja vista só poder o homem rompê-los. Nas palavras de Engels, “*seu triunfo definitivo é um dos sintomas da civilização nascente*”⁹.

Imprescindível se falar da família romana, que, de certa forma, não comportava ainda a definição clássica de família, aproximando-se mais à ideia de associação religiosa. O vínculo que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física, e estava na religião todo este poder.

Cada núcleo familiar possuía um altar para que fosse possível fazer o culto doméstico que era de responsabilidade do chefe da família. Se este viesse a morrer, a religião com ele morreria. Sua prole era quem ficava responsável pela perpetuação da tradição religiosa.

Esta religião não podia propagar-se senão pela geração. O pai, ao dar vida ao filho, dava-lhe ao mesmo tempo sua fé, seu culto, o direito de manter o fogo sagrado, de oferecer o banquete fúnebre, de pronunciar formas de orações. A geração estabelecia misterioso vínculo entre a criança que nascia para a vida e todos os deuses da família¹⁰.

A religião doméstica era passada exclusivamente de homem para homem, podendo a mulher, enquanto filha, assistir aos atos religiosos do pai. Todavia, quando um jovem de outra família a pedisse em casamento, isto a ela significaria muito mais que só mudar de casa. Uma vez casada, passaria a adotar os ritos específicos da religião de seu marido.

⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Disponível em <<http://www.moreira.pro.br/textose37.htm>>, 3º página. Acesso em 11 de abril de 2011.

⁹ IDEM.

¹⁰ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 53.

Trata-se de deixar o deus de sua infância, para colocar-se sob o império de um deus desconhecido. E ela não espera permanecer fiel a um, honrando o outro, porque um dos princípios imutáveis dessa religião é que uma pessoa não pode invocar dois lares, nem duas séries de antepassados¹¹.

Entendiam estas primeiras civilizações que todas as famílias deveriam perpetuar-se no tempo, ou seja, a cadeia de descendência não poderia se romper. Para eles, a felicidade do morto dependia da conduta de seus filhos em relação a ele depois de sua morte. Daqui se auffle a importância do “ter filhos” e a prioridade que esta noção detinha naquele tempo.

A partir da construção filosófica do Cristianismo, não mais configuravam como da mesma família os que seguiam um mesmo culto religioso, vivendo debaixo de um mesmo teto, mas sim aqueles que advinham do casamento. Esta foi, por excelência, a única forma legítima de estrutura familiar reconhecida pela religião cristã.

O afeto em nenhum momento apareceu como elemento essencial para a constituição da família. Os indivíduos que a constituíam se preocupavam mais, como visto, com a procriação e a descendência, não obstante fosse necessário o casamento para legitimação dos filhos.

De tudo o que aqui se pôs, pode-se afirmar, certamente, que a história da família se confunde com a própria história da humanidade¹², isto devido à sua extrema importância, em todos os tempos – e aqui brevemente mapeada - para o desenvolvimento da sociedade.

1.2. O Modelo do Código Civil de 1916: A Família patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal

A família que a legislação civil tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante grande parte do século XX, assenta-se nas seguintes dimensões: patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal.

¹¹ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 60.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Direito Civil – Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 17.

Como continuidade de um movimento inaugurado tempos antes, o Código Civil de 1916 definiu a família segundo o quadro social da época, levando em consideração valores e conceitos morais que imperavam naquele momento histórico.

A família, assim, era uma comunidade de sangue calcada no casamento. Estatuindo que o casamento cria a família legítima (art. 229)¹³, o Código definiu-se por um conceito matrimonializado de família, dando ao casamento também a função de fonte da legitimidade dos filhos¹⁴.

Falar em família era falar em laços de sangue, sendo que a única maneira legítima de sua constituição dava-se através do casamento. A noção explicitada pelo legislador de 1916 se apresentava como sendo família e casamento uma coisa só, na medida em que aquela não existia juridicamente sem este.

Na verdade, estava, este modelo de família, “à disposição de um conjunto de interesses predominantes naquele contexto histórico”¹⁵. O *ser* e o *estar* em família foram estruturados pela união da Igreja com o Estado. Nascimentos, casamentos e óbitos, tudo era registrado nos livros eclesiásticos. De modo a manter o *status quo* vigente, os indivíduos registrados eram qualificados, como livres ou cativos, conforme gozassem ou não de liberdade.

O que se tinha era uma sociedade patrimonialista e uma estrutura familiar predeterminada, as quais “serviram para dividir pessoas e classes; (...), assim também o eram o Estado, a Igreja e o Direito que celebravam o fosso do ingresso no estatuto jurídico da matrimonialização, um rito de passagem solenizado”¹⁶

Daí a explicação da valorização do casamento, que, dentro deste contexto, se mostrava como algo relativo à permanência, segurança, garantia de respeito e ascensão¹⁷.

¹³ BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Art. 229: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes deles nascidos ou concebidos.”

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e da paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992, p.57.

¹⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 92.

¹⁶ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001, p.36.

¹⁷ IDEM.

Além de fonte única de constituição familiar, imperava, ainda, e com força, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Se o casamento não tivesse sucesso, o casal poderia se desquitar rompendo com a comunhão de vida, mas não com o vínculo jurídico do matrimônio.

Neste contexto, a cultura daquele período apenas reconhecia e legitimava a supremacia masculina, na qual o homem era o chefe da família, a figura central de identificação da vontade familiar. À mulher/esposa, por sua vez, considerada relativamente capaz pelo Código, recaía a obrigação de obediência as ordens de seu marido, bem como as funções do lar e criação dos filhos.

Enquanto a dignidade masculina residia no trabalho, a da “mulher estava ligada à administração da casa e à educação dos filhos, sendo ela responsável pelo zelo e bom nome da família e pela honra familiar”¹⁸.

Tratava-se de uma organização entre pessoas cujo objetivo principal era formar uma unidade de produção, sendo seus membros, assim, considerados como força de trabalho. Daqui a explicação quanto ao estímulo à procriação, haja vista que quanto mais filhos um casal viesse a ter, maiores as condições de sobrevivência da família como um todo.

O dado afetivo não ingressa no âmbito da abstração: trata-se de circunstância que não diz respeito às funções institucionais do ser transpessoal ao qual se visa proteger. Essa metafísica da família torna irrelevante a felicidade concreta de seus membros: esta é, quiçá, presumida pela estabilidade funcional do todo, imposta a fórceps por regras discriminatórias da filiação dita legítima e pela indissolubilidade do vínculo matrimonial – em consonância com a unicidade de modelo centrada na família matrimonializada¹⁹.

Sob esta ótica patriarcalista e hierarquizada, a família do Código Civil de 16 não passava de um instituto fechado e estático, o qual não se preocupava com a realização pessoal de seus membros. Ao contrário, caracterizada pelo seu caráter transpessoal, a “família- instituição” estava acima de qualquer interesse individual.

¹⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 53.

¹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

1.3. A ênfase ao tratamento discriminatório da filiação

A força que detinha o matrimônio na constituição da família, sua indissolubilidade e a proteção do patrimônio familiar foram determinantes para o sistema de filiação estabelecido pelo Direito Civil Brasileiro Clássico.

No modelo do Código Civil de 1916, a família, que tinha sua origem no casamento e na consangüinidade, só possuía proteção se assim o fosse. Fora desta família legítima, nenhum tipo de união ou filiação era abarcado pela tutela legal.

O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito do não direito. E entre nós não foi diferente: o Código posto em vigor em 1917 foi perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente especulou-se sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica²⁰.

O modelo codificado trazia uma filiação baseada na orientação advinda do Direito Romano, a qual entendia haver dois tipos de filhos, o legítimo, se nascido da união matrimonial de um homem com uma mulher, e o ilegítimo, caso havido fora do casamento. Os ilegítimos podiam ser divididos em dois grupos, os naturais, oriundos do concubinato (quando inexistente qualquer impedimento para o casamento entre seus pais) e os espúrios (pais impedidos de se casarem à época de sua concepção), que, por sua vez, subdividiavam-se em incestuosos e adúlteros.

Os filhos ilegítimos, por não se enquadrarem na moldura excludente do Código, não eram sequer reconhecidos juridicamente, de modo que somente os legítimos, ocupantes do topo da pirâmide de proteção e nascidos no interior de um lar matrimonial²¹, é que poderiam fazer parte da unidade familiar.

Em função do vínculo existente entre os pais, era realizada uma covarde e discriminatória classificação dos filhos, o que, evidentemente, provocava uma discrepância entre o jurídico e o social. Em razão da ilegitimidade emoldurada pelo sistema, que não reconhecia os filhos de pessoas não casadas entre si, o que se

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil**. Revista de Estudos Jurídicos, v. II, n.1, p.101, ago.1995.

²¹ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

consequia auferir, na verdade, era um universo de exclusão e marginalização criado pelo Direito, o qual ignorava a realidade fática quando esta não correspondesse às suas regras.

[...] a norma jurídica resta servindo de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivo sujeito de direito. Esse regime de exclusão se funda num assento tripartite que une sexo, sangue e família, e propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direitos sob um padrão social de interesses dominantes.²²

Volta-se àquela noção de família matrimonializada tratada anteriormente, pois filho é apenas o que foi gerado pelo pai e pela mãe unidos pelo casamento. Dada a relevância desta filiação legítima e o interesse na manutenção da entidade familiar, o código de 1916 adotou uma fórmula para determinar, juridicamente, a identidade do pai já no momento do nascimento.

Assim, ocorrendo a gravidez, a presunção da paternidade marital é absoluta. Tratava-se de uma presunção de legitimidade dos filhos²³, que funcionava como um modo automático de estabelecimento da filiação, sendo aquele que nasce da mulher casada filho do marido desta.

Tal regra teve seu surgimento no Direito Romano, sofreu um alargamento com o Código de Napoleão e foi recepcionado pelo Código Civil nacional de 1916. Assim sendo, conforme a previsão do artigo 338 deste, são filhos legítimos os nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; bem como os nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite ou anulação.

O art. 339 complementava esta presunção, ao estabelecer que a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias não poderia ser contestada se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher ou se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade. Havia aqui, nestas duas hipóteses, o que se

²² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, ps. 15 e 16.

²³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e da paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992, p.48.

entendia por confissão de paternidade, mais uma presunção estabelecida pelo Código a fim de instituir um elo entre a família, o casamento e a prole²⁴.

Importante aqui ressaltar a possibilidade de legitimação dos filhos ilegítimos naturais pelo casamento dos pais, ainda que este ocorresse após a morte do filho, passando-se, neste caso, aos descendentes. Sorte diversa recaía sobre os espúrios, já que, por serem filhos de pais impedidos de se casarem, dispunha a lei civil, expressamente, em seu artigo 358, pela proibição do reconhecimento deles.

Como se vê, a proteção da legitimidade da filiação foi nitidamente severa, sem disfarces no que se referia aos filhos ilegítimos. Em razão de uma suposta paz familiar que deveria ser mantida, tentando-se evitar, por isso, que fosse de conhecimento do público a ocorrência de um adultério ou de uma relação incestuosa, os filhos não concebidos dentro do matrimônio eram relegados à exclusão social – por conta da jurídica, devendo, de certa forma, pagar por algo (talvez um erro) referente à vida de seus pais.

²⁴ A presunção de paternidade e seus desdobramentos serão desenvolvidos no capítulo 3 da parte I deste trabalho, mais especificamente no ponto 3.1.

CAPÍTULO 2 – FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA: A REPERSONALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

Parecia que duraria para sempre, mas não foi bem assim. O sistema clássico, bem como toda a estrutura social que quis se montar com o Código Civil de 1916 veio a sucumbir com a industrialização do país, uma vez que surgiu a necessidade de aumento de mão-de-obra. A partir daí, a mulher ingressa no mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único provedor da família, o que, conseqüentemente, teve o condão de levar ao enfraquecimento do exclusivo dirigismo masculino. Ao mesmo tempo, as predeterminações funcionais em que se dividia a família passam a desaparecer, sendo autoridade e tarefas domésticas partilhadas igualmente entre os cônjuges.

Em razão dos movimentos feministas e emancipatórios, uma estrutura igualitária passa a ganhar espaço. *“Nessa evolução, a função procracional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família.”*²⁵

Diante desta revolução nas estruturas sociais que clamavam por uma reconceituação dos paradigmas, fazia-se imperioso que criadores e aplicadores do Direito deixassem de sustentar situações sociais não mais existentes apenas para que fosse mantido o *status quo*. Eram necessárias novas regras para a solução de novos problemas.

Os fatos insistiam - e insistem - em se revoltar contra o Código, já que este é o curso lógico quando se trata de relações dos indivíduos em sociedade. E para que o Direito pudesse dar conta da realidade que ali nascia e não, de outra forma, ficasse enclausurado naquela estrutura construída, havia que se desprender daquele modelo de 1916 – não abandonar, mas buscar aproveitar - dando-lhe as cores e imprimindo-lhe os traços consentâneos com a realidade vivenciada.²⁶

²⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 04.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do direito civil no século XXI**. Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pela PUC/MG. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=15>> Acesso em 11 de abril de 2011.

Na verdade, o que houve foi uma lenta ruptura daquela estrutura codificada, mediante a edição de diversas leis extravagantes, que foram se acumulando numa tentativa de adequação ou adaptação do Direito codificado às transformações da sociedade brasileira, cada vez mais crescentes. Nas palavras de Francisco Amaral:

Publicado o Código, tantos foram os problemas e desafios da sociedade em mudança, e tamanha foi a dificuldade do Código em se adaptar às novas exigências, que foi necessário partir-se para a adoção de leis especiais em ritmo crescente, tentando adequar institutos tradicionais da sociedade civil (a pessoa, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil) às novas contingências da sociedade industrial e tecnológica que se desenvolvia no Brasil em substituição do sistema colonial agrário da época da codificação.²⁷

Rompia-se, desta forma, com a ideia de unidade e generalidade do Código Civil, já que em sendo editadas leis para determinadas situações específicas, passaram-se aquelas a serem mais aplicadas que o próprio Código, deslocando-se o papel deste de fundamental para subsidiário.

Diante disto, dois principais fenômenos devem ser assinalados: a constitucionalização dos princípios e institutos do Direito privado e a fragmentação da matéria civil em diplomas legais autônomos.

2.1. A Constitucionalização do Direito Civil de Família

A Constituição de 1988 foi o marco determinante para a construção de um novo Direito de Família, podendo-se, assim, falar em “*migração do Código à Constituição, isto é, dos direitos civis aos direitos fundamentais*”²⁸.

Os papéis da Constituição e do Código não possuíam uma forte ligação como se passou a observar a partir de 1988. A matéria de Direito Privado não era contemplada na Lei Maior, ao contrário, estava toda centralizada no Código cujo papel, por isso, assumia a feição constitucional. De tal modo, enquanto ao Código cabia com toda a regulamentação da vida dos indivíduos, a Constituição

²⁷ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro**. In: Revista de Direito Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993. nº. 63. p 45-56. p. 51.

²⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 57.

caracterizava-se por ter um papel eminentemente político, ficando, assim, bem definida a separação entre o público e o privado.

Para se entender a constitucionalização do Direito Civil, primeiramente deve-se atentar à noção de ordenamento jurídico como sistema. Não se fala aqui em sistema completo e fechado – ideia que permeou as codificações do século XIX – mas completável e aberto, de modo a permitir a atualização do Direito Civil.

E é precisamente desta característica de completável que se chega ao entendimento da necessidade de uma leitura baseada na perspectiva constitucional do Direito Civil. Ademais, o sistema jurídico é aberto, pois “*necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção*”.²⁹

Além de aberto e completável, o sistema deve ser interpretado a partir de valores, o que significa dizer que o interesse da norma é compatível com os princípios fundamentais de todo o sistema, ou seja, a leitura de todo o ordenamento deve ser feita à luz da Constituição e de seus valores, já que esta ocupa uma posição central no ordenamento jurídico.

Com efeito, as normas constitucionais são dotadas de supremacia sobre todas as demais, sendo as principais regras de todo o sistema, o que proíbe que qualquer outra inferior lhe contradite. Sendo assim, a uniformidade do ordenamento jurídico reside na extensão dos valores constitucionais a toda legislação; na utilização de todo o potencial do sistema jurídico e não somente na mera obediência do que literalmente diz a lei.

Diante disso, a maioria da doutrina tem afirmado que não mais as normas constitucionais tem caráter apenas negativo, com limites dirigidos somente ao legislador ordinário, constituindo-se, diferentemente, em fundamento ou princípio de todas as normas do sistema jurídico.

A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos moldes próprios do direito privado.³⁰

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.01.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional> - Maria Celina B. Moraes.pdf.> p.9. Acesso em 29 de abril de 2011.

Neste ponto, oportuno se falar brevemente sobre a eficácia normativa das normas constitucionais, uma vez que a constitucionalização do Direito Civil só se torna possível com a sua aplicação direta. Não há o que se questionar: se são elas que dão a completabilidade ao sistema, então, não podem carecer de eficácia.

Isto porque sendo a norma constitucional verdadeira norma jurídica, portadora de imperatividade, descabido considerá-la um limite ou mero princípio geral interpretativo. Neste caso, haveria até uma subversão do sistema, pois igualar a norma constitucional a um princípio geral seria colocar a mais superior das normas na função integrativa do sistema, consoante dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicável somente na falta de lei.³¹

A propósito, Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar do tema, sustenta a dimensão real e efetiva e não somente abstrata dos direitos fundamentais. Em suas palavras, milita-se em favor destes uma “*presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficazional*”³², sendo, portanto dever dos órgãos estatais e dos particulares a outorga da máxima expressão deste atributo.

É deste sistema jurídico, aberto e completável por normas constitucionais de eficácia direta, soberanas e informadoras de todo ordenamento, que se trata ao se referir à releitura do direito infraconstitucional à luz da Constituição, o que, sobretudo no caso brasileiro mostra-se de imprescindível observância.

Como consequência do fenômeno, a disciplina civilista, que antes tinha como núcleo central de preocupação a tutela dos valores patrimoniais, passa, de acordo com a prioridade dada pela Constituição, à defesa dos valores existenciais.

No que diz respeito ao Direito de Família, a progressiva tutela constitucional ampliou o âmbito dos interesses protegidos na busca da concretização de novos valores e tendências. Aquela família patriarcal tomada como modelo pela legislação civil de 1916 entrou em crise, submergindo totalmente com a introdução de novos valores trazidos pela Constituição.

O modelo autoritário da codificação de 1916 é substituído pelo modelo igualitário da família constitucionalizada. “*O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança*

³¹ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 35.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 374.

paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988”.³³

Na mesma linha, é possível se afirmar que a função econômica que a família possuía perdeu o sentido de ser, pois não mais os membros eram considerados como unidade produtiva ou seguro contra a velhice, o que tornou desnecessário o fator maior número de filhos. E esta drástica redução da prole por casal, aliada a progressiva emancipação econômica, social e jurídica da mulher contribuiu para o fim daquele papel, outrora, desempenhado pela família.

A função procracional, advinda das tradições religiosas, do mesmo modo, deixou de ocupar o importante espaço que possuía, fator este que pode ser constatado pelo grande número de casais sem filhos nos dias de hoje, que escolhem não tê-los, muitas vezes, em virtude da primazia da vida profissional ou em razão de infertilidade. As estatísticas do país também não deixam dúvida quanto à diminuição da taxa de fecundidade das brasileiras. A procriação, ainda, mostra-se prescindível se analisado o favorecimento contido na Constituição em relação à adoção e à família socioafetiva.

Em suma, há de se notar que o antigo paradigma da família sofreu a perda de seus fundamentos em virtude do advento de outro, qual seja, a afetividade, que, por se tratar de um aspecto por demais relevante, merece ser tratado em uma seção à parte.

2.2. O papel do afeto no estabelecimento de uma nova função da família

Tendo visto a necessidade da análise do Direito de Família sob o prisma da Constituição e reconhecida a eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais, fatores que, de fato, contribuíram para a aniquilação dos antigos princípios e o surgimento de outros, passa-se ao exame dos principais fundamentos das relações familiares atuais, em especial, o afeto.

Aliás, a valorização do afeto constitui-se como tema central deste trabalho, uma vez que este tem, essencialmente, o objetivo de defesa de um vínculo familiar que se funda muito mais em um vínculo de afeto do que em um vínculo biológico,

³³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias** – 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 33.

surgindo, desta forma, uma nova forma de parentesco civil, a parentalidade socioafetiva, da qual trataremos mais a frente.

Mesmo não constando a palavra afeto na Constituição como um direito fundamental, pode-se dizer que ele é decorrente da valorização constante da dignidade da pessoa humana³⁴, o que, por si só, faz dele merecedor de atenção especial já que completamente ligado com o princípio mor de nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, há alguns dispositivos que permitem, com segurança, a afirmação da afetividade como um princípio constitucional, ainda que implícito. Precisamente, o que diz respeito à igualdade dos filhos (art. 227, § 6º) e de direitos na adoção (art. 227, §§ 5º e 6º); à dignidade e proteção constitucional de família formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º); e à convivência familiar como prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Nos tempos atuais a família é identificada, sobretudo, pelo afeto, o elemento distintivo, *“que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo, a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.”*³⁵

Assim, onde e enquanto estiver presente o afeto, poderá se falar em família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, sendo solidificada na simetria, na colaboração e na comunhão de vida.³⁶

Com efeito, a época contemporânea conheceu uma profunda mutação da família. Os demógrafos e sociólogos observaram que o vínculo afetivo foi, progressivamente, se sobrepondo à concepção da família como espaço econômico. O respeito aos sentimentos prevalece sobre a vontade de proteger o patrimônio. A consequência desse fato foi a acentuada precariedade, inerente ao próprio sentimento, que ocupou o lugar das relações objetivas. [...] Triunfando o sentimento, os indivíduos que constituem a família exigem que os direitos humanos protejam mais as pessoas do que o grupo: espera-se que o legislador proteja primeiro as pessoas, todas as pessoas, e integralmente.³⁷

³⁴ TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=308>> Acesso em 13 de maio de 2011.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=121>> Acesso em 13 de maio de 2011.

³⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias** – 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.17.

³⁷ ARNAUD, André- Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 87.

Realizar-se afetivamente, em um ambiente de convivência e solidariedade tornou-se a função básica da família contemporânea. Diante disso, a família é reivindicada por todos e de forma que ninguém queira abdicar; mais do que isso, é algo sonhado e desejado, além de constituir-se como base para a construção da identidade e desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Como fundamento do Direito de Família, o princípio jurídico da afetividade³⁸ traduz-se como uma especialidade, no âmbito do direito familiar, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, interligando-se, ainda, com o da convivência familiar e igualdade entre os membros.

A afetividade, por sua vez, contamina o fato, nos seus desvãos positivos (e aí pode ser sinônimo de amor, de carinho), ou nos desvãos negativos (e então sua sintonia se faz pelo avesso), tudo isso exatamente porque o afeto não é apenas amor, mas antes ternura. E a vantagem do afeto, compreendido assim, é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que envolva (de conjugalidade ou de parentalidade), tanto nos momentos de paz como nas ameaças de conflitos. Falo da bipolaridade do afeto, como se o quer descrever, aqui, para que ele seja, de uma só vez, o denominador comum das relações familiares, em qualquer tempo do desenvolvimento delas, em tempo de paz ou em tempo de conflito, e também que ele seja o paradigma da dimensão ética no direito de família.³⁹

É daí que se vê toda a importância da consideração do afeto no trato das relações familiares, uma vez que está ele tanto na construção da relação familiar como na ruptura; na serenidade e no conflito; no amor e no desamor.

Intimamente ligado ao afeto está o fenômeno de repersonalização das relações civis, onde, ao converter-se em espaço de realização da afetividade, a família passa à valorização do interesse da pessoa humana, mais do que suas relações patrimoniais. “*É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade*”.⁴⁰

Falar em repersonalização é falar em afirmação da pessoa humana como objetivo central do direito, o que significa a extinção daquela excessiva preocupação que se dava no Direito Civil Tradicional aos interesses patrimoniais. É claro que o aspecto patrimonial continua presente, mas a preponderância que possuía perdeu

³⁸ Ver análise mais aprofundada sobre o princípio da afetividade no ponto 3.1.

³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=286>> Acesso em 14 de maio de 2011.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias** – 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 22.

seu lugar para outros interesses de cunho pessoal ou humano, cujo elemento aglutinador é a afetividade.

Resgatar a primazia da pessoa nas relações familiares, é disso que se trata. E é esta também a condição necessária para que se possa adequar o direito à realidade; para que se construa *“um direito mais ético, mais composto com o sentir do que com a razão, mais digno, mais socializado, mais corajoso e fiel, mais permeável ao afeto, mais despojado de arcaísmos meramente patrimoniais”*.⁴¹

Enfim, *“a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade”*⁴² foram determinantes para o reconhecimento do afeto como único modo de definição da família realmente eficaz. Dos novos valores consagrados na Constituição de 88, este é, sem dúvida, o que mais inovou e repercutiu a ordem das coisas – até então consolidadas por um pensamento limitador.

2.3. Uma nova configuração: ausência de modelo, igualdade entre os membros e eudemonismo

Quando se fala em família, sem querer, quase que automaticamente, vem à mente a imagem de uma família ligada à noção de casamento, ou seja, um conjunto de pessoas ligadas a um casal que se uniu pelo vínculo do matrimônio, tendo, ainda, como central a figura do pai. É a herança daquele pensamento totalizante que insiste em não nos deixar: a identificação da família, ainda, para a maioria das pessoas se dá com aquela família matrimonializada e patriarcal do século passado.

Na verdade, essa visão, como se viu, sofreu e continua sofrendo profundas alterações, tornando-se cada vez mais difícil a definição dos contornos ou de uma conceituação única do que seria a família.

Desde que a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e reprodutor para ser o lugar do amor e do afeto, os paradigmas do ordenamento jurídico ficaram afetados. Com um novo juízo de valoração e de forma a abarcar a

⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do direito civil no século XXI**. Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pela PUC/MG. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=15>> Acesso em 11 de abril de 2011.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=121>> Acesso em 13 de maio de 2011.

nova realidade social, o conceito de família se expandiu, sendo imprescindível o reconhecimento daquelas entidades familiares até então discriminadas.

A Constituição, como ápice de toda esta evolução, alterou o objeto de tutela jurídica centrado apenas na família conjugal – a qual fizera, sempre, em nome da paz doméstica – e passou a proteger toda e qualquer entidade, sem embargo de entendimento contrário, que tivesse como base o afeto.

Com este reconhecimento de novas formas de família, o casamento perde o exclusivo papel de legitimador do núcleo familiar. Além da união estável, foi também reconhecida a família monoparental. Não obstante isso, a sociedade e o Estado ainda continuam protegendo a permanência, com especial relevo, do instituto do casamento - é o que se auferi na previsão constitucional do artigo 226, § 3º referente à conversão da união estável em casamento – somente recepcionando outras formas de organização familiar, porque calcadas no afeto e na solidariedade.

Importante ressaltar que ao reconhecer a pluralidade familiar, a Constituição o faz de forma aberta, de modo a abarcar não só as que ali estão, mas também novas formas que vierem a aparecer, desde que baseadas na comunhão do amor.

Na realidade, este entendimento não é nenhum pouco pacífico, na verdade, há grande resistência por parte de alguns civilistas, tanto os antigos como os novos, que entendem pelo sentido de que o art. 226 da Constituição estaria a tutelar apenas os três tipos de entidades familiares explicitamente previstos na Carta Maior.

Neste contexto, deve-se atentar ao fato de que uma interpretação restritiva pode levar à conclusão de que a pluralidade de formas de organização familiar seria *numerus clausus*⁴³, ficando, assim, sem tutela os demais tipos existentes pelo simples fato de não constarem na enumeração proposta pela Carta Maior.

Pelo caminho já enfrentado, não há que se acolher este sentido de pluralidade familiar, uma vez que, no tocante ao âmbito de vigência da tutela dada à família, a Constituição não fez qualquer referência a que tipo determinado se queria tutelar. Ao suprimir a expressão “*constituída pelo casamento*” sem haver qualquer substituição por nenhuma outra, colocou sob o manto de sua proteção a família como um todo, isto é, qualquer família. Foi retirada a cláusula de exclusão e acrescentado um rol exemplificativo, operando-se a supressão de qualquer entidade

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>> Acesso em 19 de maio de 2011.

familiar, na verdade, não pela disposição constitucional e sim pela interpretação que a ela se dá.

O que é preciso destacar, mais uma vez, é o fato de o objeto da norma não ser propriamente a família, como valor autônomo, mas antes disso e principalmente, a tutela das pessoas humanas que a integram. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser algumas entidades protegidas e outras não, pois o reflexo gerado nestas que comporiam as entidades desprotegidas comprometeria a realização do princípio da dignidade humana.

A regra do § 4º. do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo “também” nela contido. “Também” tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto⁴⁴.

Assim, não se pode enxergar na Constituição a opção por um modelo preferencial de entidade familiar, pois se assim fosse estaria suprimido o direito à diferença. Quando ela trata de família está a referir-se a qualquer entidade possível que esteja unida pela comunhão do amor. Este é o sentido que deve ser dado ao princípio da pluralidade familiar.

Quanto à filiação, a Constituição Federal pôs fim a um período de exclusão e de tratamento diferenciado aos filhos. Foi o que fez ao estabelecer em seu artigo 227, § 6º, que “*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

Pelo novo suporte constitucional, há garantia e prioridade à dignidade da pessoa do filho, como exige a vida social moderna que se ocupa de sepultar qualquer resquício de uma tola e odiosa discriminação da prole, como se o valor dos filhos pudesse ser medido pela pureza dos vínculos dos pais, e acentuado desprestígio a excelência exclusiva, que advém dos caracteres meramente genéticos.⁴⁵

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>> Acesso em 19 de maio de 2011.

⁴⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 26.

É a consagração da ideia de família como unidade de relações de afeto, já que todos os filhos passaram a ser considerados como iguais, independentemente de sua origem, sendo-lhes assegurada a convivência familiar e solidária.

A matéria, com a promulgação da Lei nº. 8.069/90 passou a ser regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no art. 26, o qual prevê que *“os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público qualquer que seja a origem da filiação”*.⁴⁶

Igualmente, como há igualdade entre filhos, o Texto Maior reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal, desaparecendo aquela hierarquia familiar que inferiorizava mulher e prole. Também, o princípio da igualdade na chefia familiar que, como decorrência da igualdade entre cônjuges e companheiros, poderá ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo, inclusive, haver participação dos filhos.

Era o fim da família patriarcal e hierarquizada e o começo de uma família democrática e isonômica. *“Marido e mulher, mesmos direitos e deveres. Filhos tidos dentro do casamento, mesmos direitos e deveres que os tidos fora do casamento. Assim opera a Constituição de 1988”*⁴⁷.

E é, precisamente, com a aplicação do princípio da isonomia, da igualdade substancial - levando-se em conta os diferentes papéis e funções determinadas a cada membro - que se elevará o equilíbrio e o respeito à dignidade de todos.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado Federal. 1988. Art. 26 ECA.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 35.

CAPÍTULO 3 – DOS CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE: O CAMINHO PERCORRIDO PELO DIREITO BRASILEIRO

Diante da nova concepção de família que hoje se vivencia (baseada no afeto) e, em virtude desta, também, da nova concepção de filiação (igualdade irrestrita), abre-se espaço para um novo projeto parental, fundado nas relações sócio-afetivas. Em outras palavras, tendo a Constituição reconhecido que a composição familiar está exposta a questões inerentes a valores como o amor e a solidariedade, inevitáveis são as repercussões na evolução das noções de paternidade e filiação, que, acabam, também, adentrando no terreno da afetividade.

A paternidade que por muito tempo se limitou à verificação dos laços biológicos ou presumidamente biológicos (presunção *pater is est*), deixa de se sustentar somente neste ato físico, tendendo-se a valorizar, conforme uma interpretação constitucional, o elemento afetivo e sociológico das relações paterno-filiais.

Com efeito, para que se possa tratar desta paternidade socioafetiva é preciso que se percorra o caminho seguido pelo ordenamento jurídico na determinação da paternidade, desde o modelo clássico do Código de 1916 até o tratamento constitucionalizado dado ao tema. É o que se traz neste capítulo.

3.1. Paternidade jurídica: a presunção *pater is est*

Como se viu no ponto 1.3. deste trabalho, a filiação esteve por muito tempo envolta na necessidade de preservação da família tida como “legítima”, razão pela qual operava-se uma diferenciação dos filhos, conforme tivessem origem no matrimônio legalmente constituído ou não, sendo considerados, assim, como legítimos ou ilegítimos.

Diante disto e antes de adentrar em seu significado e funções, é preciso destacar que a presunção *pater is est* mostra-se relevante tão somente no que concerne ao estabelecimento da paternidade do filho havido dentro do casamento, sendo que, se assim não o for, a filiação paternal estabelece-se pelo reconhecimento voluntário ou por investigação.

Precipuamente, o vínculo jurídico da filiação se dava pela ligação de determinada pessoa a uma genitora e um genitor, havendo, diante disso, o seguinte entendimento: enquanto em relação ao vínculo materno, admite-se a *mater semper certa est*, isto é, vigora-se a ideia de certeza da maternidade, quanto ao pai, o que se tem é a incerteza, que pelo interesse da segurança jurídica é eliminada pela incidência da presunção *pater is est*.⁴⁸ Assim, tendo como eixo do estabelecimento da paternidade a figura da mãe, se esta for casada, opera-se a presunção *pater is est*, a qual considera o marido como pai dos filhos desta.

Trata-se, enfim, de uma presunção legal. [...], o legislador parte de um fato conhecido (nascimento de um filho de mãe casada) para a determinação de um fato desconhecido (quem é o pai), recorrendo a um juízo de normalidade (probabilidade) que lhe permite chegar, sem necessidade de averiguação casuística, a um resultado verdadeiro (conforme a realidade das coisas: o pai é o marido da mãe).⁴⁹

Em suma, o que se tem é uma presunção a qual permite determinar, juridicamente, quem é o pai já no momento do nascimento da criança, bem como torna desnecessária a prova da paternidade, haja vista ter-se a individuação do pai sob aquele que no presumido tempo de geração era o marido da mãe.⁵⁰

É, na verdade, o que normalmente acontece, assentando-se esta presunção em outras duas: em primeiro lugar, que na constância do casamento são mantidas relações sexuais e em segundo, que a mulher é fiel ao marido. Entretanto, é preciso pontuar que mesmo o adultério não era capaz por si só de destruir a presunção de paternidade, passando esta a repousar muito mais sobre a figura de um “favor legal” ao casamento e a legitimidade dos filhos⁵¹.

Pela presunção *pater is est* revelava-se o sentido jurídico da própria paternidade: pai era aquele que o sistema jurídico definia como tal, assim como acontecia com a identificação discriminada dos filhos.

Mesmo que não coincidissem as figuras do pai biológico e do pai jurídico, prevalecia-se este último. É o que acontecia, por exemplo, na hipótese de filho

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e da paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992. p. 20.

⁴⁹ IDEM, p. 36

⁵⁰ IDEM, p. 27.

⁵¹ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.140.

advindo de adultério de sua mãe, cuja paternidade não tenha sido contestada pelo marido, ou, então, no caso de mulher separada de fato há anos do marido que se encontra em união com outro homem e deste tem filhos.

Diante disso, dúvida não há de que a dimensão exclusivamente jurídica da paternidade, mediante a aplicação da presunção *pater is est* conduzia a resultados inaceitáveis, levando o conceito de paternidade dos filhos tidos dentro do casamento a se apresentar como “*um conceito aprisionado, firme no enclausuramento que a segurança jurídica se propõe a conferir às relações sociais, de um modo geral, e às relações matrimoniais, em especial*”.⁵² Na realidade, o que se tinha era mais uma ficção do que uma certeza, na medida em que a paz familiar tinha mais relevância que a própria verdade.

É de se notar, claramente, a inadmissibilidade de tal instituto dentro de uma visão constitucionalizada de família, a qual não admite a desigualdade e a discriminação entre os filhos. Sua permanência no ordenamento jurídico, em verdade, somente se justificava enquanto se primava pela continuidade do casamento que não podia ser abalado por suspeitas de infidelidade, e, mais, enquanto a instituição família, matrimonializada e hierarquizada, deveria ser conservada acima do interesse dos membros que a compunham.

Com o fim da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, a presunção *pater is est* perdeu muito a força que possuía⁵³, vez que, certamente, não poderia este legado do sistema clássico permanecer incólume à evolução da ideia de família. Com o realce do princípio da igualdade entre marido e mulher e entre filhos, a paternidade, na perspectiva da filiação, ganha status de direito, deslocando-se o âmbito de proteção da ficção legal para o dado biológico.

Começa-se, então, a busca da base real ou biológica da paternidade, restando subordinada a paternidade jurídica que até então, enquanto impunha a alguns uma paternidade fictícia, a outros, em homenagem à visão transpessoal da instituição familiar, se apresentava como uma barreira para a declaração da verdadeira paternidade.

⁵² FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 34.

⁵³ Há dúvida quanto à sua permanência após a Constituição de 1988. Assevera Paulo Lôbo que: “*Apesar das normas constitucionais brasileiras, a presunção continua em vigor e permanece adequada à realização da função afetiva da família, como triunfo da vontade sobre a causalidade física*”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>> Acesso em 19 de maio de 2011.

3.2. O fator genético e a revolução causada pelo exame de DNA

Durante muito tempo, o sistema clássico colocou significativos obstáculos à descoberta da “verdade” biológica da filiação. A proteção da família matrimonializada, somada à impossibilidade científica de conhecimento da origem genética fizeram daquelas presunções que buscavam explicar o vínculo paterno-filial algo quase que absoluto.

Neste liame é que se insere a necessidade da época de descobrir a verdade biológica como uma forma de encontrar, pai e filho, certa face de sua própria identidade. E para que se chegasse a isto, papel fundamental foi o desempenhado pela tecnologia, que ao avançar com relação à prova da paternidade, possibilitou, de certa forma, a indagação sobre uma nova concepção do que seria ser pai.

Revolução mesmo na determinação do vínculo paterno-filial foi a causada pela prova genética realizada pela tipagem de DNA. De tal modo, o fato da concepção só passou a ser certo para o pai, com a prova pericial médico-legal do exame de DNA, transformando-se este no grande elo que ligava pai e filho, sob a compreensão de que filiação seria, então, um vínculo entre genitor e ser gerado.

E, realmente, foi tão grande a importância desempenhada pela prova do DNA que ainda hoje não são poucos os julgados que priorizam pela busca da “verdade real” apontada pelo referido exame.⁵⁴ *“As outras provas parecem débeis, frágeis, desnecessárias, diante da prova absoluta, plena, vigorosa do DNA. O que estamos assistindo, nas questões de paternidade, é a sacralização, quando não a divinização da prova do DNA”*.⁵⁵

Mais que isso, alguns tribunais veem nele elemento indispensável para a determinação da paternidade, chegando até a converter o feito em diligência caso este não tenha sido realizado⁵⁶.

⁵⁴ “RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME DE DNA. INTIMAÇÃO IRREGULAR DO INVESTIGADO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. BUSCA DA VERDADE REAL. CAUTELAR. POSSIBILIDADE. I - Admitida, excepcionalmente, a relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, por força da evolução científica dos meios de prova; mormente, na espécie, em que assentada a presunção da paternidade em erro de fato - suposta recusa do investigado em submeter-se ao exame pericial de DNA.(...)” (TJMG, Processo n. 100000542222940001 MG 1.0000.05.422229-4/000(1). Rel. Fernando Botelho. Julgamento em 17 de dezembro de 2008).

⁵⁵ VELOSO, Zeno. **A dessacralização do DNA**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 197.

⁵⁶ “AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FALTA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA IMPRESCINDÍVEL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA BAIXA DO

Diante de toda a revolução que significava o exame de DNA no que concerne à determinação da filiação não poderia o Direito continuar seguindo aquele modelo baseado na incerteza da paternidade e, por isso, na utilização de presunções.

A valorização da tipagem de DNA, assim, chegou até a flexibilizar algumas normas contidas no Código de 1916, como ocorreu com o artigo 340 que previa as hipóteses permissivas de contestação da paternidade presumida de forma taxativa. Passou, em muitos tribunais, a se aceitar a negatória de paternidade fundamentada na inexistência de vínculo biológico, comprovada pelo exame de DNA.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) assim valoriza o fator genético, ao dispor, mais especificamente em seu artigo 27 que: “*O reconhecimento de estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça*”. Há, aqui, uma atenção especial à necessidade psicológica de conhecimento da verdade biológica, que deve ser respeitada.

Sob o ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, que abarca o direito ao conhecimento da origem genética como condição para o pleno desenvolvimento da personalidade, não há que se duvidar da importância da filiação biológica.

Todavia, grande cuidado se deve ter ao afirmar que seria o DNA fonte da verdadeira paternidade. Mesmo sendo grande o número de decisões privilegiando o fator genético, não se pode acreditar que este seja o único entendimento presente em nossa jurisprudência, haja vista muitos tribunais também adotarem o posicionamento de que nem sempre é a existência ou não do laço biológico que deve nortear a decisão.

Para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, um elemento a mais na relação pai-mãe-filho, para a completa integração, deve ser considerado, elemento este, por sua vez, que se revela em uma paternidade que se constrói.

FEITO EM DILIGÊNCIA. 1. Além do depoimento prestado pela genitora e pelo suposto pai, inexistem nos autos qualquer outro elemento probatório apto a comprovar a paternidade do apelante em relação à menor. 2. Em nome do princípio da busca da verdade real, tem-se que a efetivação do exame de DNA se mostra indispensável. 3. Recurso conhecido e provido.” (TJPR, Ap.Civ. n. 3539591 PR 0353959-1. 11ª Câmara Cível. Rel. Fernando Wolff Bodziak. Julgamento em 23 de maio de 2007).

É neste sentido que se pode falar, utilizando-se da expressão de João Baptista Villela, em *desbiologização* da paternidade, na medida em que “o filho tem que ser mais alguma coisa, ao invés de ser simplesmente filho”.⁵⁷

Afirmar que a paternidade se constrói é dar espaço para que uma verdade socioafetiva se apresente no plano jurídico. É assim que devem se dar os contornos de uma relação paterno-filial adequada aos valores constitucionais.

[...] as relações entre pais e filhos não se esgotam nem se explicam através da mera consideração física da hereditariedade sanguínea, eles são algo mais, verificam-se no dia-a-dia onde estão presentes alegrias e tristezas, companheirismo, amizade, confiança, cumplicidade, e amor; estes são verificados pelos laços afetivos, que, por mais avançada que se torne a determinação científica da filiação biológica, jamais poderá medir a intensidade de um amor verdadeiro entre pais e filhos.⁵⁸

Importante, ainda, salientar que a crise da *desbiologização* teve um maior agravamento quando começaram a surgir novas formas de reprodução medicamente assistida, através das quais, por exemplo, poderiam ser gerados, dentro do ventre da mulher e com a anuência do marido, por meio de manipulação biológica, filhos cujos genes são de um estranho a relação (inseminação artificial heteróloga).

E aí surge o primeiro grande conflito paterno filial. Pergunta-se: diante das diversas situações de fecundação assistida, como se estabelecem os vínculos de parentalidade? Certamente, a resposta não pode mais ser encontrada exclusivamente no campo genético. Não há como identificar o pai como aquele que cede o espermatozóide. E mais, como chegar à resposta de quem é a mãe? Mãe é a que doa o óvulo, a que faz uso deste ou a que aluga o útero? Fazia-se necessário, então, um novo critério determinador da filiação.

⁵⁷ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.21, 416, p.412, maio, 1979.

⁵⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 82.

3.3. O critério socioafetivo: A paternidade à luz dos princípios constitucionais da afetividade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança

Desde logo, valendo-se das palavras de Paulo Lôbo, cumpre diferenciar pai de genitor:

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica, todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.⁵⁹

Realmente, não é suficiente uma paternidade que se funda apenas no dado genético, parecendo, se assim o for, mais uma função de vínculo fictício, vez que o portador de genes pode, depois de cumprir sua tarefa, desaparecer, o que, então, não teria nenhuma correspondência com a função de pai, a qual seria a de amar, cuidar e educar o filho.

A diferença, assim, está em que enquanto a procriação seria apenas um fato biológico, a paternidade se constitui por ser um fato cultural. *“Ela não é um dado e sim um construído. Diversamente da responsabilidade advinda da procriação, a paternidade passa a ser um ato de opção, resultante de manifestação espontânea da vontade”*.⁶⁰

Nos dias atuais, a todos é facultada a possibilidade de ter filhos, sendo que cada vez mais a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. As pessoas, hoje, podem se divorciar, estabelecer novas formas de convívio e ter filhos sem precisarem de um par ou manter relações sexuais. Nessa nova “forma” familiar é necessário um elemento que permita que se origine os laços familiares, o qual só pode ser encontrado quando se reconhece a existência do vínculo afetivo.

⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>> Acesso em 19 de maio de 2011.

⁶⁰ DELINSKI, Julie Cristine. **A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”**. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p.21.

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do Direito Obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no Direito de Família, cujo elemento estruturante é o sentimento do amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidade e comprometimento mútuos.⁶¹

Nesta concepção, a família extrapola sua composição fundada na biologia e depara-se com outros valores, afetivos, emotivos e até mesmo psicológicos. Essa nova realidade da família, sem dúvida, reflete-se na identificação dos vínculos de filiação: a noção de família eudemonista dá relevo à paternidade socioafetiva.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, o que aqui se tem nada mais é do que “a consagração, também no campo da parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito de Família”.⁶² O afeto, tal como aconteceu na entidade familiar, passa a figurar também nas relações de filiação.

Como bem observa Eduardo de Oliveira Leite:

Invocar somente o critério genético na determinação da filiação faz com que, triste e injustamente, retornemos à situação de crianças-objeto, em manifesto desconhecimento da vitória dos sujeitos sobre os objetos; em notório abandono das conquistas mais recentes da ciência psicanalítica onde a questão da origem do sujeito não se coloca mais em termos de “saber” (sua origem), mas em termos de “desejo” (como a vida lhe foi transmitida).⁶³

E aí é que se pode responder com maior sensatez a pergunta sobre quem seria realmente pai. Talvez não o genitor, nem o marido ou companheiro da mãe, nem o que cria ou assegura o sustento ou mesmo o que dá o nome ou o sobrenome, mas com certeza, aquele que age como pai, que dá afeto, carinho, amor e proteção.

Em algumas situações o ato de procriação pode ser separado da paternidade, como é o caso da adoção e da concepção por fato de terceiro, nos quais há a constituição da verdadeira paternidade e o esvaziamento do conteúdo da origem biológica. É especialmente neste ponto que se revela a importância da proteção da paternidade social pelo ordenamento jurídico, sem, é claro,

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?** Em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf> Acesso em 13 de maio de 2011.

⁶² IDEM.

⁶³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, Limite entre O Genitor e o Pai**, In: Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro; Forense, 2002. p. 76-77.

descaracterizar a paternidade biológica, pois, normalmente esta e aquela podem se mostrar concomitantes.

O fato é que *“os desenvolvimentos científicos, (...), pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos”*.⁶⁴ É preciso ficar claro que identidade genética é uma coisa e identidade de filiação é outra. *“A derivação biológica é necessária, mas não suficiente”*.⁶⁵

A fim de contribuir para a distinção entre o fato de gerar e o ato de ser pai, a Constituição de 1988, em seu artigo 227, § 6º, igualou os filhos havidos ou não da relação de casamento, privilegiando os laços sanguíneos e, de certa forma, também os afetivos na medida em que não tolera nenhum tipo de discriminação.

Assim, a afetividade – especialização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana - é princípio jurídico do Direito de Família com fundamento constitucional, podendo, de forma sistematizada⁶⁶, ser elencados três artigos que lhe dão base: (i) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); (ii) a adoção, como escolha afetiva, impõe-se integralmente no plano de igualdade de direitos (art. 227, § 5º e 6º) e (iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Com estes mandamentos constitucionais o que se vê é a proteção das pessoas que se unem em comunhão de afeto, este é o sentido a ser dado ao princípio jurídico da afetividade.

Além deste, incessantemente aqui tratado, também merecedor de atenção, ainda que pontual, é o princípio da paternidade responsável, trazido pela Constituição de 1988 (art. 226, § 7º) às relações de filiação, que tem destaque quando se trata do papel dos pais na vida dos filhos no que concerne à educação, saúde, alimentação, moradia e, sobretudo, afeto.

A paternidade responsável se encontra com a noção de paternidade afetiva, e é por isso que sua abordagem, por ora, nos interessa. Ser pai é mais do que ser

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>> Acesso em 19 de maio de 2011.

⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Problemas jurídicos da procriação assistida**. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 328, out/dez. 1194, p.79.

⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>> Acesso em 19 de maio de 2011.

genitor ou pagar uma pensão alimentícia, é participar, é criar, a depender o comportamento futuro do filho de como se der o tratamento despendido a ele por seu pai. O pai responsável é aquele que “*acompanha o filho desde sua concepção, participa do parto, registra o filho, o embala no colo*”.⁶⁷

Trata-se, aqui, do dever de cuidado proveniente da relação afetiva que se dá entre pais e filhos. Sobre o tema, as palavras de Leonardo Boff:

O cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado, ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso, o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana.⁶⁸

É inegável que a ausência do pai é um fator determinantemente negativo à vida do filho. Várias pesquisas realizadas neste campo, as quais aqui não cabe aprofundarmos, comprovam que o filho que cresce sem a presença paterna está mais propenso a problemas de socialização, bem como distúrbios psíquicos e emocionais.

“*O ideal é que os filhos sejam planejados e desejados. (...) É fundamental, pois que os adultos que geraram a criança a assumam e adotem*”.⁶⁹ Assim, os pais, juntamente com o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, tudo que for necessário ao pleno desenvolvimento de sua personalidade.

E é aqui que se insere outro princípio de extrema importância no âmbito da família, o princípio do melhor interesse da criança. Para Tânia da Silva Pereira tal princípio, na verdade, pode ser identificado como uma norma cogente, “*um princípio*

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos e paternidade responsável**. Disponível em <<http://www.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=9915>> Acesso em 13 de maio de 2011.

⁶⁸ BOFF, Leonardo. **Cuidado: o ethos do humano**. In: FERREIRA, Gina e FONSECA, Paulo (organizadores). *Conversando em Casa*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2000. p. 74.

⁶⁹ CURY, M., SILVA, A. F. do A. e; MENDEZ, E. G. et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000, p. 85.

*especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma”.*⁷⁰

Vários foram os fatores que levaram à sociedade brasileira a buscar a inclusão das pessoas de zero a dezoito anos na categoria de sujeito de direitos, dentre eles, os questionamentos acerca do Código de Menores, o qual tratava das condições degradantes de tratamento nas FEBEMS, além da abertura democrática propiciada pelos debates internacionais em torno dos direitos humanos das crianças.

Com o advento da Constituição de 1988, o Código de Menores de 1979 passou a ser deixado de lado, tendo início um período de mobilização social a fim de se elaborar uma nova legislação que privilegiasse as conquistas constitucionais de proteção integral e prioritária à infância.

Passou a criança, desta feita, a ter prioridade absoluta de proteção, obrigação esta não mais de exclusividade do Estado e da família, mas como dever de toda a sociedade. *“A soma dos vocábulos prioridade + absoluta já nos indica o sentido do princípio: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem do dia com primazia sobre quaisquer outros.”*⁷¹

Para que fossem realmente efetivados os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, necessário se fazia um instrumento legal que desse conta do novo paradigma que então surgia.

Nascia, assim, o Estatuto da Criança e Adolescente - Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que já em seu artigo 1º reforçava a doutrina da proteção integral à infância e adolescência⁷², deixando a população infanto-juvenil de ser tratada como *“objeto passivo, e passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”*.⁷³

⁷⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/ coordenação Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

⁷¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira *Apud* SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p.80.

⁷² Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Doutrina da Situação Irregular é substituída pela Doutrina da Proteção Integral, alicerçada em três pilares: a) a criança adquire a condição de sujeito de direitos; b) a infância é reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento; c) a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional (art. 227). Fonte: Site do Ministério Público do Rio Grande do Sul. **A criança, o adolescente e a lei: aspectos históricos, a infância como prioridade e os direitos da criança**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id615.htm>> Acesso em 27 de abril de 2011.

⁷³ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. O melhor interesse da criança : um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p.15.

Tanto a Constituição, como o Estatuto que dela surgiu, além ainda das diversas Convenções existentes sobre o assunto, fizeram com que o princípio do melhor interesse da criança imperasse em todas as áreas de atendimento à família, à criança e ao adolescente. É aí que se nota a indissociabilidade entre afetividade e melhor interesse da criança, pois uma vez constatado que toda criança (também o adolescente) precisa de afeto para desenvolver-se moral, espiritual e socialmente, será, essencialmente, na família onde tudo isso poderá ser encontrado.

À criança deve ser garantida a prioridade de convivência familiar e não à origem genética. Em conformidade com este raciocínio, Heloísa Helena Barboza ao afirmar que:

[...] o estabelecimento da paternidade, revolucionado pela possibilidade de determinação do vínculo biológico mediante exame de DNA, encontrou no princípio do melhor interesse da criança um dos fundamentos da denominada paternidade socioafetiva, que reconhece efeitos ao vínculo gerado pela afetividade, a desafiar todas as regras jurídicas existentes.⁷⁴

Toda a relevância dispensada ao princípio do melhor interesse da criança serve, sem dúvida, ao reconhecimento das relações eminentemente afetivas, já que, na maioria das vezes representam a base familiar de que necessitam. Se pai é a pessoa que cria, ampara, dá amor, educação, carinho, dignidade, então pai é aquele que atende, prioritariamente, o melhor interesse da criança. Aceitar o pai socioafetivo é obedecer a este princípio.

⁷⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. In: Direito de Família: a família na travessia do milênio. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p.208.

PARTE II – DA SOCIOAFETIVIDADE NA FILIAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO CONCEITO DE PATERNIDADE COM BASE NO RECONHECIMENTO JURÍDICO DO AFETO

CAPÍTULO 1 – O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS FUNDAMENTOS LEGAIS DA PATERNIDADE AFETIVA

1.1. A abertura do conceito de parentesco civil

A partir do momento em que a Constituição reconhece o afeto como valor jurídico, e por isso, merecedor de proteção, instituiu-se um novo conceito de filiação, a qual reflete uma realidade jurídica que está para além do reducionismo biológico, mostrando-se, de outra forma, muito mais como uma realidade cultural construída cotidianamente sob as bases do amor, dedicação e assistência.⁷⁵

Nosso Código Civil de 2002, de modo a abrir as portas para esta nova dimensão das relações parentais, inovou ao elastecer a caracterização do parentesco civil, albergando, desta forma, aquele baseado na afetividade.

Consoante previsão do artigo 1.593 do CC⁷⁶, além da consagração de situações jurídicas já conhecidas, abre-se espaço para a socioafetividade, vez que, agora, o parentesco civil pode ser estabelecido conforme resulte de *outra origem* que não, propriamente, a consaguinidade.

Trata-se da superação daquele paradigma discriminatório fundado na consaguinidade e no laço matrimonial a fim de proclamar uma filiação mais próxima de sua realidade social, esteja ela acompanhada ou não dos laços de sangue.

No que toca ao parentesco natural, não há maiores questionamentos a fazer, pois certo que assim o figuram aqueles que partilham um mesmo tronco ancestral, estando ligadas por um vínculo sanguíneo. Volta-se a atenção, de outra parte, ao parentesco civil, posto que indubitosa sua relevância ao tema que aqui se trata.

⁷⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade. Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 53.

⁷⁶ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou outra origem.

O parentesco civil decorre da adoção, reconhecendo-se, assim, a lei, a existência de um vínculo entre adotante e adotado. Para além desta, levando em consideração a redação do referido dispositivo, conclui-se pela acolhida de diversas outras espécies de relações eminentemente afetivas, dentre elas a paternidade socioafetiva fundada na posse de estado de filho.

Oportuna, por ora, se faz a menção ao Enunciado 103 do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), o qual assim dispõe:

Não é sem razão ter-se elaborado o Enunciado 103 do CEJ: “O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”⁷⁷

Para Eduardo de Oliveira Leite⁷⁸, embora o referido artigo não tenha gerado a devida análise em função do pensamento tradicional predominante, sem dúvida, marca a aceitação pelo legislador da noção de posse de estado de filho, que ganha espaço no estabelecimento da filiação que até então se designava somente à descendência natural.

*“Sem dúvida o que se coloca em cena não é precisamente a linhagem; apresenta-se, isso sim, uma nova base de vínculo parental”*⁷⁹, base esta capaz de se sustentar como fundamentação da relação paterno-filial, ainda que ausente o fator genético.

Definitivamente, a filiação sociológica passa a receber expressa proteção jurídica, sendo reconhecidos pelo Direito de Família todos os efeitos jurídicos daí decorrentes.

⁷⁷ Interpretação do art. 1593 do CC apresentada na III Jornada de Direito Civil, realizada no Centro de Estudos da Justiça Federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob a coordenação do Min. Ruy Rosado, no mês de dezembro de 2004.

⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Volume 5: Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 193.

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23.

1.2. A inseminação artificial heteróloga

Como exposto no ponto 3.2., a revolução genética ao mesmo tempo em que contribuiu grandiosamente à valorização da paternidade fundada nos laços biológicos, trouxe consigo *“dúvidas sobre a chancela definitiva que essa demonstração absoluta pode gerar em face da fecundação assistida”*.⁸⁰

Sem dúvida, os avanços científicos da biogenética, em benefício de casais com problemas de infertilidade, têm contribuído para as técnicas de reprodução assistida, trazendo implicações bioéticas e jurídicas no campo da filiação merecedoras de atenção.

Existem duas formas de inseminação artificial, a homóloga e a heteróloga. Na primeira, o material genético utilizado é fornecido pelo próprio casal e, normalmente se dá quando o casal, não obstante possua fertilidade, não é capaz da fecundação por meio do ato sexual. Nestes casos, pode-se dizer, a princípio, que não há maiores problemas, pois em ficando o casal com a criança haverá uma conciliação entre filiação biológica e afetiva.

Perplexidade mais notável é a gerada pela segunda forma, a inseminação heteróloga, na qual o espermatozóide, para ser fecundado ao óvulo da mãe, é doado por terceiro, sendo aplicado, por exemplo, nos casos em que o marido seja estéril ou haja incompatibilidade sanguínea do fator Rh. Aqui, a paternidade é atribuída ao marido da mãe, desde que este a tenha previamente autorizado. Neste sentido, Guilherme C. N. da Gama:

A procriação assistida heteróloga atribui a condição de filho à pessoa concebida relativamente ao pai que não contribuiu com material fecundante, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, não se estabelecendo qualquer vínculo com doador e parentes deste, salvo os impedimentos matrimoniais.⁸¹

⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 35.

⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Afiliação – o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 883.

Importante que aqui se ressalte a necessidade do anonimato do doador como forma de obstáculo ao conhecimento da origem genética. Quanto a isso, a resolução n. 1338/92 do Conselho Federal de Medicina prevê que “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”. É, pois, fundamental, para a garantia do normal desenvolvimento da família que não se saiba de quem é que veio o material genético proveniente do banco de espermatozoides.

É propriamente nestes casos que se faz possível evidenciar o reducionismo daquela perspectiva que irremediavelmente vinculava a paternidade à origem genética. Diante destas circunstâncias, a solução ali apresentada, por óbvio, parece insatisfatória, vez que não se pode atribuir a paternidade, de forma razoável, ao doador anônimo que apenas contribuiu com o material genético.

Esta situação foi tratada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso V, nos seguintes termos: “*presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*”⁸²

Como se afige da leitura da norma, a paternidade resultante de inseminação artificial heteróloga é legalmente atribuída ao marido da mãe e depende de autorização prévia deste, autorização, por sua vez, representativa da exteriorização da vontade de ser pai e que, por esta razão, apresenta-se como essencial ao adequado estabelecimento da paternidade.⁸³

Conquanto na fecundação natural a voluntariedade da concepção não se faz presente, na artificial, pelo fato de não haver cópula, “*deve subsistir, pelo menos, a vontade precisa de que o próprio espermatozoide seja usado na fecundação de uma certa mulher.*”⁸⁴

Na verdade e não desconsiderando as considerações acima, a vontade necessária para o estabelecimento da filiação é somente a manifestada pelo casal que se utiliza do espermatozoide do doador, especialmente a do marido, pois esta será fundamental para o estabelecimento do vínculo paterno-filial entre ele e a criança.

⁸² BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

⁸³ Este critério de atribuição de paternidade justifica a vedação legal de ajuizamento de ação negatória de paternidade pelo pai que consentiu com a realização da inseminação artificial, bem como a impossibilidade de investigação de paternidade pelo doador do material genético.

⁸⁴ VERCELLONE, Paolo. **As Novas Famílias**. In: Direitos de família e do Menor./ Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 29.

Assim, o que se tem é uma filiação fundada na vontade e na promessa de verdade afetiva.⁸⁵ Em outras palavras, o elemento caracterizador da paternidade atribuída a estes casos é, essencialmente, a afetividade: “*a tutela legal deste tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente afetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade*”.⁸⁶

Segundo Gustavo Tepedino⁸⁷, uma vez estabelecida a paternidade e a maternidade daqueles que encomendaram o material genético, com a finalidade de estabelecimento da filiação, pouco importa a origem do material doado. Em vista disso, a inseminação artificial, para a instituição da paternidade, utiliza-se de um vínculo não consanguíneo, da mesma maneira que ocorre com a adoção, onde a origem biológica é apagada para que a criança seja totalmente inserida no contexto familiar.

O entendimento que se tira daqui é que, em nome do resguardo dos interesses da criança, é possível o sacrifício da origem biológica, vez que no campo jurídico da filiação deve prevalecer os vínculos afetivos.

1.3. Outras espécies de filiações constituídas pela relação jurídica do afeto

Cada vez mais nos deparamos com situações em que, devido ao dinamismo social e à complexidade das relações familiares, crianças e adolescentes, afastados de seus pais biológicos e jurídicos, passam a ser criadas por outras pessoas que, de forma voluntária, as tomam afetuosamente, exercendo os papéis de pais e mães.

Por todos os acontecimentos sociais e científicos, como bem se asseverou no capítulo anterior, não mais uma dada ficção jurídica ou uma descendência genética eram suficientes para o estabelecimento da filiação. Veio, então, concretizar-se uma nova paternidade, a socioafetiva, vivificada do comportamento e do tratamento entre pais e filhos.

⁸⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 202.

⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, Vol. XVI.**/ Álvaro Villaça Azevedo (coord.) São Paulo: Atlas, 2003. p. 54.

⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1997, p. 537.

Reconhece-se a relação jurídica baseada no afeto e na vontade, de modo que se passa a considerar a escolha de determinada pessoa em acolher ao outro como se filho fosse.

Neste sentido é que se objetiva fazer uma breve análise das espécies de filiações fundadas essencialmente no afeto, para, em seguida, tratar sobre a apreensão jurídica destas relações mediante a noção de posse de estado de filho.

Além da filiação advinda da inseminação artificial heteróloga, pode-se, ainda, enumerar mais quatro espécies: (i) a adoção judicial; (ii) filho de criação; (iii) a adoção à brasileira e (iv) o reconhecimento de filho voluntária ou judicialmente. Em todos estes casos, o estado de filho afetivo é edificado na forma dos artigos 226, §§ 4º e 7º e 227, § 6º da Constituição Federal.

Tratemos, pois, de cada um deles.

A adoção *“é um ato jurídico e um ato de vontade que se prova e se estabelece quer através de um contrato quer através de um julgamento (ato de vontade do juiz, mas que supõe previamente a vontade dos interessados)”*.⁸⁸

A partir da Constituição de 1988, não se fala mais em filho adotivo, mas simplesmente em adoção, entendida como meio para filiação, que, por sua vez, é única. A partir do momento em que a adoção se conclui, seja por decisão judicial, seja por registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho, isto é, a origem se apaga e o filho passa a fazer parte da nova família, total e definitivamente.

Diante disso, a condição de filho jamais poderá ser impugnada pelos pais adotantes, nem pelo filho, mesmo depois de atingida a maioridade. O artigo 1.614⁸⁹ do Código Civil, no mesmo sentido, veda que o filho que foi adotado possa promover investigação de paternidade ou maternidade biológicos.

Não obstante isso, o adotado, nos termos da Lei 12.010/2009 tem direito ao conhecimento de sua origem biológica, sendo garantido pela lei, o acesso ao processo judicial de adoção, quando completados seus dezoito anos ou antes disso, mediante assistência jurídica e psicológica.

Quanto a este direito, Paulo Lôbo, sabiamente salienta:

⁸⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, Limite entre O Genitor e o Pai**, In: Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro; Forense, 2002. p. 80.

⁸⁹ Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguem à maioridade ou à emancipação.

[...] inclui-se entre os direitos da personalidade, que são inerentes e indispensáveis à constituição da pessoa humana, especificamente para fins de informação sobre sua identidade genética. Tendo em vista a natureza cultural e não natural da paternidade, que pode ser tanto biológica quanto socioafetiva, o direito da personalidade não se confunde com direito à filiação ou de relação de parentesco, não se prestando à investigação de paternidade ou maternidade, pois estas já estão constituídas de modo inelutável pela adoção.⁹⁰

É pela consideração desta total igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos que se afere a opção constitucional e, portanto, jurídica, pela família socioafetiva. A adoção é um ato de amor, uma típica instituição de proteção ao menor por quem pode lhe oferecer um ambiente familiar propício para seu desenvolvimento como ser humano. E é por isso que não é impróprio se falar em adoção dos filhos também pelos pais biológicos, que assim o podem fazer no cotidiano de suas vidas.

A adoção é a forma de filiação socioafetiva por excelência, visto que tem o condão de encerrar qualquer dúvida a respeito do papel do afeto no estabelecimento das relações parentais. É esta, de acordo com Baptista Villela, a paternidade do futuro, que se enraíza no exercício da liberdade, já que pai e mãe só assim serão por decisão pessoal e livre.⁹¹

Outra modalidade de filiação afetiva é aquela que se corporifica naqueles casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico ou jurídico, alguém cria uma criança ou um adolescente por mera opção, oferecendo-lhe todo o cuidado e amor, de modo a configurar uma família cujo único meio de prova está no afeto.

Quando uma pessoa, constante e publicamente trata um filho como seu, apresenta-o como tal à sua família e à sociedade e provê suas necessidades, sua manutenção e educação, é impossível não dizer que não o reconheceu como filho. Trata-se propriamente de uma adoção de fato, onde se tem um pai de fato, que, sem dúvida, é pai, com todos os direitos e deveres cabíveis a quem se encontre nesta posição.

Em última análise, trata-se, essencialmente, de uma relação onde alguém assume papel de filho em face daqueles que assumem papel de pais, sem que haja entre eles qualquer vínculo consanguíneo.

⁹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias** – 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 273.

⁹¹ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, maio, 1979, p. 414 e 416.

Dentro desta temática, uma questão, nitidamente, se sobressai: esta filiação fincada na realidade fática gera, por isso só, efeitos jurídicos? É daqui então que se pode chegar à noção de posse de estado de filho⁹², a qual, em breves linhas, pode ser entendida como sendo uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação de ser filho das pessoas de quem ele afirma ser e pelo tratamento que a ele é despendido como se fosse realmente filho, no qual há o chamamento de filho e a aceitação de chamamento de pai. São os filhos e os pais de criação⁹³.

A terceira espécie de filiação sociológica é aquela decorrente da conhecida adoção à brasileira, em que um registro de nascimento é gerado a partir de uma declaração falsa e consciente da paternidade e maternidade de criança gerada por outra mulher. Acontece quando a criança, ao nascer, é registrada diretamente em nome dos pais afetivos, como se fossem biológicos.

A adoção à brasileira é uma conduta tipificada como crime pelo Código Penal, em seu art. 242⁹⁴, e consiste no comparecimento espontâneo de uma pessoa ao cartório a fim de registrar o filho de outrem como seu, aproveitando-se da falta de necessidade de comprovação do nexo biológico, vez que basta, ao oficial, o recolhimento de uma manifestação de vontade.

A despeito da lei, a sociedade não repele tal conduta, pois se entende que a situação atende ao mandamento constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana e especialmente o contido no artigo 227 da Lei Maior, de ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar.

E é aí que se faz relevante o papel do aplicador do Direito que deverá, diante destes casos de conflito de valores normativos, sopesar entre, de um lado, atender à regra matriz de prioridade da convivência familiar para o pleno

⁹² O devido aprofundamento se encontra no próximo capítulo.

⁹³ A igualdade na filiação, reconhecida constitucionalmente, deve prevalecer até no que concerne à titulação. Neste sentido, a crítica de Maria Berenice Dias quanto à questão terminológica em comento (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 439): “A palavra filho não admite qualquer adjetivação. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. Assim, aquele que sempre foi chamado de “filho de criação”, ou seja, aquela criança [...] que passa a conviver no seio de uma família, ainda que sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação. A pejorativa complementação “de criação” está mais que na hora de ser abolida”.

⁹⁴ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898 de 1981)

desenvolvimento da criança/adolescente e, de outro, respeitar as disposições legais ao tratar do procedimento de adoção.

Ressalta Lôbo, que nos casos em que o estado de filiação estiver estabilizado na convivência familiar por longos anos, a invalidade do registro não poderá ser considerada⁹⁵. Isto porque deve ser dada integral observância ao princípio do melhor interesse da criança, sendo de todo injusto que os pais intentassem ação de impugnação de paternidade mediante prova da inexistência de vínculo biológico, posto que aqui estar-se-ia prevalecendo os interesses dos adotantes.⁹⁶

É preciso compreender, sobretudo, que supostos vícios no registro de nascimento não poderão apagar os efeitos já consolidadas de uma filiação socioafetiva, ainda mais, se levados em conta a primazia do vínculo afetivo sobre o biológico. É neste sentido que se coloca o Informativo n. 400 do STJ⁹⁷:

ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Na espécie, o de cujus, sem ser o pai biológico da recorrida, registrou-a como se filha sua fosse. A recorrente pretende obter a declaração de nulidade desse registro civil de nascimento, articulando em seu recurso as seguintes teses: seu ex-marido, em vida, manifestou de forma evidente seu arrependimento em ter declarado a recorrida como sua filha e o decurso de tempo não tem o condão de convalidar a adoção feita sem a observância dos requisitos legais. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que tal hipótese configura aquilo que doutrinariamente se chama de adoção à brasileira, ocasião em que alguém, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil e, eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato (art. 242 do CP), apenas registra o infante como filho. No caso, a recorrida foi registrada em 1965 e, passados 38 anos, a segunda esposa e viúva do de cujus pretende tal desconstituição, o que, em última análise, significa o próprio desfazimento de um vínculo de afeto que foi criado e cultivado entre a registrada e seu pai com o passar do tempo. Se nem

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.**

Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>> Acesso em 19 de maio de 2011.

⁹⁶ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.201-202: “Aplica-se (...) a vedação ao *venire contra factum proprium*. O princípio de quem ninguém é permitido agir contra seus próprios atos. (...) Caracteriza-se pela existência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, sendo que o segundo é contrário ao primeiro. Se o comportamento contraditório provoca danos em virtude da expectativa ou da aparência jurídica que o primeiro causou, não poderá ser tutelado. Preserva-se, assim, o comportamento anterior. (...) Mais evidente se apresenta para restringir o exercício do direito do perfilhante de impugnar o registro inverídico, se ele sabia que não era o pai biológico do perfilhado no momento do reconhecimento.”

⁹⁷ Informativo 0400 – STJ – **Superior Tribunal de Justiça.** Período de 22 a 26 de junho de 2009. Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>> Acesso em 20 de junho de 2011.

mesmo aquele que procedeu ao registro e tomou como sua filha aquela que sabidamente não é teve a iniciativa de anulá-lo, não se pode admitir que um terceiro (a viúva) assim o faça. Quem adota à moda brasileira não labora em equívoco. Tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória, postulando desconstituir o registro. Da mesma forma, a reflexão sobre a possibilidade de o pai adotante pleitear a nulidade do registro de nascimento deve levar em conta esses dois valores em rota de colisão (ilegalidade da adoção à moda brasileira, de um lado, e, de outro, repercussão dessa prática na formação e desenvolvimento do adotado). Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. Após formado o liame socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva. Ressaltou o Min. Relator que tal entendimento, todavia, é válido apenas na hipótese de o pai adotante pretender a nulidade do registro. Não se estende, pois, ao filho adotado, a que, segundo entendimento deste Superior Tribunal, assiste o direito de, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista da obtenção do estabelecimento da verdade real, ou seja, da paternidade biológica. Por fim, ressaltou o Min. Relator que a legitimidade ad causam da viúva do adotante para iniciar uma ação anulatória de registro de nascimento não é objeto do presente recurso especial. Por isso, a questão está sendo apreciada em seu mérito, sem abordar a eventual natureza personalíssima da presente ação. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. (STJ. REsp 1.088.157-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 23/6/2009).

Por fim, cumpre ainda tratar da quarta espécie, a saber, a que deriva do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade.

Ocorre o reconhecimento voluntário por ato dos pais, conjunta ou separadamente, no registro de nascimento, em testamento, escritura pública, documento escrito ou manifestação expressa perante o juiz.

O reconhecimento do filho somente é possível se este foi havido fora do casamento, pois se assim não o for, incidirá sobre a filiação de dentro do casamento a presunção da certeza da maternidade e a presunção *pater is est* quanto à paternidade. Só poderá ser feito ou quando não houver registro de nascimento ou quando este tenha sido feito em relação a apenas um dos pais.

Uma vez registrado e sendo, portanto, estabelecida a filiação, será gerada a presunção de que quem os registrou são verdadeiramente seus pais, somente podendo haver a desconstituição do registro mediante prova de existência de vício na declaração de vontade.

Assim sendo, se foi efetuado registro voluntária e espontaneamente e este se aperfeiçoou, inaugurou uma nova ordem fazendo nascer uma condição de pai ao

declarante, não sendo permitido que possa ser esta desfeita sob a alegação de que o ato não corresponde com a verdade.

Diante disso e militando em favor da tese da filiação socioafetiva, deve-se negar aos pais o direito de manejar pretensão para a anulação do registro de nascimento se ausentes provas que comprovem o vício de consentimento. É o que vem sendo feito pela jurisprudência, como se aúfere da decisão abaixo:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. [...] Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. **Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.**

O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

(...) Assim, **ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente.** Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. [...] Recurso especial não provido. (grifos nossos) (STJ – Resp 1000356/SP – Recurso Especial 2007/0252697-5. Terceira Turma. Rel. Des. Nancy Andrighi. Julgado em 25/05/2010)

O reconhecimento judicial, por sua vez, é realizado mediante ação de investigação de paternidade, que segue o rito ordinário e admite todos os meios de prova, podendo ser interposto pelo filho, pelo seu representante legal ou pelo Ministério Público.

A todos cabe o direito de investigar sua paternidade, salvo os que, evidentemente, já possuem pais. A ação, ao contrário do que poderia parecer sob o

aspecto de uma primeira impressão, não tem mais a finalidade de atribuir a paternidade ou a maternidade ao genitor biológico. É claro que este tem lá a sua importância, mas deixou de ser determinante, vez que o objeto de investigação é o estado de filiação, que pode ou não decorrer do fator genético.

CAPÍTULO 2 – POSSE DE ESTADO DE FILHO

2.1. Noções e conteúdo da posse de estado

Antes de adentrar no tema específico da posse de estado de filho como forma de provar a filiação de afeto, oportuno tecer algumas breves considerações sobre expressões que permitirão o alcance de tal conteúdo da forma mais adequada possível.

Em primeiro lugar, cabe delimitar o que seria estado de pessoa, servindo para isso das lições de Orlando Gomes, que o caracteriza como “*a qualificação que encerra elementos de individualização da personalidade*”⁹⁸.

Esse estado se reveste de características de cunho interno e externo. Segundo Lopes⁹⁹, os intrínsecos são os que lhe dão traços de indivisibilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e aquisição mediante posse. Em contrapartida, os extrínsecos lhe conferem caráter pessoal, de ordem pública e geral.

Sendo de nosso interesse, sobretudo e especificamente, tratar do estado de filiação, faz-se mais apropriada a análise destes caracteres dentro do contexto relacional pai e filho. Assim sendo, tem-se a posse de estado como algo indivisível, vez que é impossível que uma pessoa possua mais de um estado, não sendo permitido, por isso, que se tenha uma filiação decorrente de pais casados concomitante à outra advinda de pais não unidos matrimonialmente.

O estado é, pois, reflexo da personalidade e em vista disso, insuscetível de renúncia, transação ou convenção, delineando-se, aqui, sua segunda característica, a de indisponibilidade.

É também imprescritível, isto é, mesmo que a pessoa se mostre inerte quanto à reivindicação do estado que lhe compete e de que não desfruta, não perderá o seu direito a possuí-lo.¹⁰⁰

⁹⁸ IDEM.

⁹⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v.1. p. 297.

¹⁰⁰ DELINSKI, Julie Cristine. **A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”**. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p.45.

Por fim, a posse de estado, a última e singular característica da noção de estado, que, segundo José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz pode ser definida exatamente como a *“exteriorização, pelo gozo efetivo, e socialmente reconhecido, da aparência de uma situação que corresponda a um estado”*.¹⁰¹ Algo conectado à aparência, não podendo com ela, todavia, ser confundida.

Num primeiro momento, a ideia de verdade aparente pode até se mostrar suficiente, como a que é exterior e que aparece. A posse de estado, entretanto, pugna por algo a mais, a expressão de um estado interior.¹⁰²

Com base na aparência, *“pessoas que desfrutam de situação jurídica que na realidade não lhes corresponde são tidas pelos outros como se a possuíssem”*.¹⁰³ No direito pátrio, a teoria da aparência, verifica-se no que se refere à segurança do comércio jurídico, mais especificamente para garantir a validação de atos praticados por aqueles que não têm, verdadeiramente, o direito de praticá-los, mas que, em razão de determinadas circunstâncias, apresentam-se perante terceiros como autênticos titulares daquele.

O que se protege, pois, é o terceiro de boa-fé, aplicando-se a teoria, por exemplo, nos casos de proprietário e herdeiro aparente e credor putativo, o que, claramente, não terá o mesmo sentido quando se trata de aparência decorrente da posse de estado de filho. É o que afirma Dellinski:

Denota-se que a aparência revelada pela “posse de estado” e a aparência de direito patrimonial são faces diversas de uma figura jurídica, podendo-se dizer até que possuem noções similares mas não se confundem: a aparência de direito patrimonial se baseia numa impressão causada sobre o público, considerada como fenômeno somente na medida em que impressiona os terceiros; ela somente contém a fama. Mais ambiciosa, a “posse de estado” não se contenta com essa aproximação exterior, mas visa, além disso, perceber um fato desconhecido (interior), o comportamento dos interessados traduzindo sua convicção.¹⁰⁴

¹⁰¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 06.

¹⁰² FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 60.

¹⁰³ DELINSKI, Julie Cristine. **A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”**. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 53.

¹⁰⁴ DELINSKI, Julie Cristine. **A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”**. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p.57.

E aí se pode entender a distinção entre as duas noções. Enquanto a posse de estado tem o condão de revelar uma verdade constituída pelos fatos, impondo-se *erga omnes*, a aparência apenas pode esconder um fato não verdadeiro, aproveitando somente aos terceiros que por ele foram ludibriados.

No mesmo sentido, Fachin:

[...] a coincidência entre aquela “verdade exterior” (objetiva) e essa verdade interior (psicológica) pode estar presente tanto na aparência quanto na posse de estado de filho. Todavia, se a não coincidência (isto é, uma verdade exterior que não reflita a verdade interior) é francamente possível na aparência, o mesmo não se pode dizer seguramente quanto à posse de estado. [...] Aqui, sem dúvida, as duas verdades caminham juntas: o filho que se apresenta nas relações sociais nessa condição espelha um querer interno. Ninguém se diz filho não o sendo. É o que normalmente se observa e até mesmo se espera.¹⁰⁵

Se na aparência algo parece, mas não é, na posse de estado de filho, o que parece é. E é a isso que se deve atentar a fim de não fazer confusão quanto aos dois conceitos.

2.2. A posse de estado de filiação e sua caracterização

O estado de filiação diz respeito a um conceito relacional, no qual se configura uma relação de parentesco entre duas pessoas, uma considerada filha, sendo a outra, o pai ou a mãe desta. Em vista disso, ser filho ou possuir o estado de filiação é assumir um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados em relação aos titulares dos estados de paternidade e maternidade.

No Direito Brasileiro atual, considerados os artigos 227 da Constituição Federal e 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, como dito no capítulo anterior, são estados de filiação: (i) a filiação biológica havida do casamento, da união estável ou da família monoparental; (ii) a filiação não biológica decorrente da adoção por ambos os pais ou exclusivamente um deles; (iii) a filiação não-biológica em relação ao pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga.

¹⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 61.

Como estas hipóteses encontram base na lei, a convivência familiar e a afetividade estão ali presumidas, mesmo que possam vir a não ocorrer de fato. E assim, entendendo que o afeto e a filiação que nele se baseia são construídos e consolidados por força de um querer ser pai e um querer ser filho, em qualquer das hipóteses descritas na lei, o estado de filiação poderá ser substituído em razão de uma espécie de adoção superveniente do filho por outros pais.

E é aqui, então, que entra a noção de posse de estado de filiação, a qual se “*refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do status de filho em relação à outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal*”,¹⁰⁶ independentemente de ter havido adoção ou declaração de filiação em registro de nascimento. Trata-se de uma indicação de que há uma relação de parentesco entre uma pessoa e a família que ela afirma pertencer, ou ainda, a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, devendo ser contínua e notória.

Quando se fala em posse de estado de filho o que se ressalta, sem dúvida, é a verdade socioafetiva¹⁰⁷, a qual realmente interessa quando se fala em defesa da família em razão de seu valor social e interesse primordial do filho, sendo, ainda, o objetivo principal ou o fim pretendido quando da análise daquele instrumento.

Esta verdade socioafetiva, ao contrário daquela biológica, que “*é verdade desde logo, do início; principia e acaba com o fim da existência do descendente; mantém-se incólume, às vezes inexpugnável*”¹⁰⁸, nem sempre se apresentará desde o nascimento, vez que depende de ser provada, não obstante possa ter seu surgimento com base em indícios.

De certa forma, a grande prova da existência de relação entre pais e filho é o registro de nascimento. No entanto, faltando este caberá a demonstração do que se alega utilizando-se da situação de fato, situação esta que se revela pelo “*efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo*”.¹⁰⁹

A doutrina identifica a posse de estado pela integralização de três elementos que normalmente a constituem: o *nomem*, o *tratactus* e a *fama*. Muito embora não

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias** – 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 236.

¹⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29.

¹⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 59.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias** – 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237.

seja um rol exaustivo, inegavelmente possuem grande importância, vez que quase sempre sugerem a existência daquela.

O *nomem* se caracteriza pelo uso constante do nome de família do pretendido pai; o *tratactus* refere-se ao comportamento dos parentes como se assim mesmo fossem, a pessoa é tratada pelos pais como filha e esta trata aqueles como seus pais. É o resultado de ser o indivíduo criado, tido e apresentado como filho pelo pai e pela mãe.

Quanto à *fama*, esta é a reputação da pessoa ou sua imagem social, sendo, assim, reconhecida pela família e pela sociedade como filha daqueles de quem ele afirma ser. Aqui, é necessário que terceiros através da atitude de pais e filhos acreditem que realmente exista uma relação paterno-filial. Não basta o “ouvi dizer” e nem o “eu acho”; é preciso que tenha se vivenciado algum momento de afeto entre o pai e o filho, havendo, pois, convicção da relação que se apresenta.

Um parêntese deve aqui ser aberto quanto ao requisito do uso do nome da família do pai. Este não é por si só, um elemento essencial para a caracterização da posse de estado, podendo na falta dele e na presença dos outros dois, não ter por comprometida a conclusão de declaração de paternidade. O filho poderá ter o nome da família da mãe ou então do marido desta, ou mesmo usar de apelidos de família e isso não prejudicará a noção de posse de estado.

Necessário que se configure a existência de vínculo psicológico e social entre o filho e o que ele diz ser seu pai e para isso o *tratactus* mostra-se como elemento decisivo dentro da trilogia clássica. Tanto o tratamento, quanto à fama são capazes, suficientemente, de revelar a paternidade socioafetiva, vez que, “*constituindo-se esse instituto em verdadeiro estado de permanente e reiterado comportamento dos pais em relação ao filho, nada melhor do que buscar a sua caracterização através do tratamento que é despendido pelo suposto pai em relação ao filho*”.¹¹⁰

Embora possam parecer conceitos simples, ao trato e à fama é preciso despendar um certo cuidado quando de sua determinação, devendo para tanto ser feita uma análise de cada caso em particular, haja vista estarem, intimamente, ligados a circunstâncias fáticas.

¹¹⁰ DELINSKI, Julie Cristine. **A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”**. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p.33.

Aspectos como a posição social e o grau de educação do filho e supostos pais são, assim, determinantes na configuração daqueles elementos caracterizadores da posse de estado. Mesmo que o trato possa, em sentido *lato*, ser o simples relacionar do pai com o filho, há que se levar em consideração, ainda, para tipificá-lo as condições pessoais de cada um e dos dois, além ainda dos aspectos culturais que, sem dúvida, também exercem influência sobre o relacionamento.¹¹¹

Para Eduardo dos Santos, o tratamento e a fama:

[...] dependem da personalidade de cada pessoa, do seu temperamento e caráter, da sua categoria e condição social, situação econômica e familiar, grau de educação e instrução e hábitos, isso porque se pode chamar alguém de filho sem lhe dar, entretanto, o tratamento de filho. Para o jurista, o tratamento de filho é (des)velado através de duas condutas: a primeira, pelos atos de proteção e amparo econômico (sustento, vestuário, educação ou colocação); a segunda, pela afetividade por parte dos pretensos pais (carinho, ternura, desvelo, amor, respeito). [...] Não basta a prática de um ato isolado, com sentido incerto, isto é, não são suficientes meros fatos episódicos, sem relevância. Exige-se reiteração, regularidade e seqüência. Os atos equívocos, clandestinos, esporádicos, avulsos e isolados não revelam tratamento.¹¹²

Na verdade, dependerá da decisão do julgador em cada caso concreto, dizendo se há ou não ali a posse de estado de filiação. Não a congruência dos elementos constitutivos como se fossem algo imprescindível e taxativo, mas a forma em que é demonstrada por estes elementos a situação que se estabelece. Isto é o que importa.

Apesar dos elementos constitutivos da posse de estado, há ao julgador uma ampla margem para a interpretação, por meio da qual ele poderá, de modo flexível e sem todo um rigor técnico, adaptá-los a um grande número de situações de fato. Muitas vezes a tríade mostra-se até desnecessária, isto porque outros fatos poderão preencher seu conteúdo se aqueles estiverem ausentes.

Não é outro o entendimento de Fachin:

¹¹¹ MOURA, Mário Aguiar de. **Tratado prático de filiação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1984. p.129.

¹¹² SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 1999. P. 157-158.

Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante de heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam.¹¹³

Mas desde quando se pode dizer que a posse teria começado? E até quando? De acordo com o referido autor, a posse começa desde o nascimento, que é, então, o evento gerador do estado, não podendo sofrer qualquer tipo de interrupção.

Quanto à duração, consoante Rémond-Gouilloud, o tempo é indispensável para a existência da posse. Segundo o autor, *“não é um fato pontual que ela revela, mas uma situação que só toma consistência com o tempo; tecida pela repetição de incidentes cotidianos, ela oferece não um instantâneo da vida de um indivíduo, mas uma sequência de filme.”*¹¹⁴

Será que a atualidade é necessária? Isto é, precisa a posse durar até o momento em que ela é invocada? Se sim, o que acontece se esta circunstância não for observada? Diante de tais questionamentos e tantos outros é que José da Costa Pimenta alerta a sujeição do intérprete a certos riscos, como o da incerteza.

A posse de estado, conceito de direito, supõe, para se constituir, uma certa duração; não se realiza ou se cumpre num instante ou num dia, como por exemplo, a perfilhação. A necessidade de espera no decurso de tempo pode fazer pairar uma incerteza sobre a filiação até que a posse de estado, nos seus elementos constitutivos, esteja suficientemente densa para ver verdadeiramente fonte da pretensão.¹¹⁵

O que pretendeu o autor demonstrar é que para além dos elementos constitutivos da posse de estado, é necessário, ainda, que haja certa continuidade, sem que esta tenha que se submeter a qualquer tipo de rigidez, de modo que interrupções insignificantes deverão ser desconsideradas. A posse de estado, assim, imprescinde do tempo, ainda mais se considerado o fato de que estamos a tratar,

¹¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 67-68.

¹¹⁴ RÉMOND- GOUILLOUD, Martine. **La possession d'état d'enfant**. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 74, n. 3, p. 459-481, juil/sept. 1975. p. 468 *Apud* DELINSKI, Julie Cristine. A questão da filiação sócio- afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 35.

¹¹⁵ PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 161.

como bem já destacado diversas vezes, de algo que se constrói dia após dia, a relação afetiva.

Diante disso, sendo desprezada uma configuração rígida de relação contínua, no mesmo sentido, não necessariamente deverá ela ser atual, mas ao menos ter havido um mínimo de duração que ateste a estabilidade da posse de estado. Pimenta, ao tratar do tema, utiliza-se do termo duração suficiente.¹¹⁶

Pedro Belmiro Welter em sua obra *“Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva”*, deixa claro a posição contrária da doutrina quanto à fixação de um prazo mínimo para a configuração da posse de estado, isto porque é preciso estar atento às necessidades de cada caso. Assim preceitua:

[...] não pode ser estabelecido qualquer lapso prazal para a configuração da paternidade e da maternidade, porque, com isso, se estará, na verdade, ocultando, e não (re)velando, a verdadeira filiação, que somente pode ser vislumbrada na singularidade do caso, no momento em que a questão é posta em juízo, debruçando-se nos fatos postos no agora, na hora, no instante em que são debatidos.¹¹⁷

Por tratar-se de um dado da existência, de algo que se coloca no mundo dos fatos, inquestionável que a posse de estado possua a característica da mutabilidade, e por isto mesmo, não deverá restar presa em conceitos rígidos. Diante dos fatos que se apresentam, é do magistrado o papel de julgar a ocorrência ou não da posse de estado, não obstante o tríplice elenco aqui descrito, bem como o tempo exigido mereçam o mérito da indicação do que normalmente deverá estar presente.

2.3. Sentido, papéis e função

Entendida a noção, o conteúdo e os elementos caracterizadores da posse de estado é preciso entender seu sentido, papel e função.

A pergunta que se faz é: a que serve a noção de posse de estado? Como se viu nos primeiros capítulos deste trabalho, o estabelecimento da filiação encontrava-se calcada na ideia de família matrimonializada, respaldada pela presunção *pater is*

¹¹⁶ PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p.165.

¹¹⁷ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 288.

est que tinha por objetivo o estabelecimento da então denominada paternidade jurídica.

O sistema codificado, muitas vezes, não dava sequer espaço à revelação da paternidade biológica, quem dirá à socioafetiva. E foi com a queda deste muro que a “verdade” da filiação começou a poder aparecer. Eis a paternidade decorrente da descendência genética. Acontece que, mesmo com tal evolução, a informação biológica e somente ela não se mostrava suficiente, foi aí, então, que se iniciou a busca pela valorização de uma concreta relação paterno-filial, donde se poderá falar numa verdade socioafetiva.

E é este o sentido de posse de estado. Ela existe e há de ser compreendida como uma forma de subsídio ao julgador quando do reconhecimento da paternidade, não apenas jurídica ou biológica, mas, sobretudo, a baseada no afeto, aquela que se fundamenta, prioritariamente, em uma relação de existência e se sedimenta na convivência, na vida em comum.

Para Fachin:

Esse aspecto social, com o reconhecimento do afeto como fundante das relações parentais, aliado a um elemento volitivo daí decorrente, torna inafastável a consagração da posse de estado de filho como o instituto apto a permitir o acolhimento da filiação como fato socioafetivo.¹¹⁸

E assim, a posse de estado de filho torna-se, por excelência, o elemento caracterizador da paternidade afetiva. E mais ainda, segundo Cornu:

Ela se forma e reforça ao longo do tempo, ao longo da vida. Ela se torna melhor. Quando ela não é um indício de uma laço de sangue, de uma família biológica, é ao menos o sinal visível e vivido de uma laço de afeto, de uma família afetiva. Realidade de existência, fatia de vida na vida de um homem.¹¹⁹

¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.17, p. 7-35, abr./maio 2003. p.24.

¹¹⁹ CORNU, Gérard. **La filiation**. In: Archives de philosophie Du droit. Paris: Sirey, CNRS, 1975. p. 40-41 *Apud* DELINSKI, Julie Cristine. A questão da filiação sócio- afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p.38.

Neste sentido, é que se faz possível auferir o caráter instrumental da posse de estado de filho, já que é através dela que se objetiva alcançar um bem maior, qual seja, o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Embora seja este o entendimento que se deva defender, há ainda os que a limitam ao campo probatório, como forma de reafirmar os laços biológicos. Na verdade, a posse de estado de filho caracteriza-se por possuir uma dupla função: como meio de prova e como meio de constituição da filiação. Será ela elemento probatório quando em havendo o registro, mesmo que falso, tiver sido estabelecida na relação a posse de estado de filho, situação em que a paternidade daí formada tornar-se-á inatacável. Em não tendo sido estabelecida a posse de estado dentro da paternidade registral, deverá este servir como fator influenciador para que um terceiro possa reivindicar seu *status* parental.

Se de um lado, a posse de estado de filho pode ser uma forma de tornar inatacável a filiação quando acompanhada da posse estiver o título, não podendo ser estabelecida qualquer outra paternidade em detrimento desta em que a posse de estado corresponda ao ato de registro de nascimento, de outro, ela terá um papel de solucionadora de conflitos de paternidade quando estas não se forem coincidentes.

Destaque-se, esta última função, sim, é a que garante à posse de estado de filho a sua particular relevância, a possibilidade de estabelecer um modo privilegiado de filiação. Tem, portanto, um papel criador, mais do que probatório, o qual permite, por sua vez, que se possa revelar a verdadeira relação paterno-filial.

É de se enfatizar, portanto, o papel decisivo que a posse de estado desenvolve no que concerne ao estabelecimento da paternidade. A paternidade de fato pode não coincidir com a jurídica, ou então, da mesma forma, não existir comprovadamente um pai biológico, havendo, em contraposição, alguém perante o qual se estabeleceu a posse de estado. Nestes dois casos de não congruência entre as paternidades, com atenção ao superior sentido a ser dado à relação paterno-filial fundada no afeto, esta mesmo é que deverá prevalecer.

Útil se mostra esse conceito, precisamente, quando se trata de encontrar uma solução a estes tipos de conflitos de filiação, como, por exemplo, entre o marido da mãe e um terceiro. Diante de tal situação, “a *posse de estado sinaliza preferencialmente para a filiação que por ela esteja corroborada*”.¹²⁰ Apresenta-se,

¹²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 67.

pois, como um valioso instrumento de temperamento entre as *verdades* biológica, sociológica e jurídica a fim de poder-se alcançar a que verdadeiramente espelha uma real relação entre um pai e um filho.

Sem embargo, o instituto não foi acolhido expressamente pelo legislador de 2002 a fim de que pudessem ser resolvidos os conflitos de filiação, criando, assim um fundamento ou um mecanismo capaz de revelar uma filiação sedimentada nos laços afetivos. Todavia, grande foi, desde a entrada em vigor do novo diploma legal, e continua sendo o papel da jurisprudência, à luz de uma hermenêutica construtiva, a fim de atenuar as lacunas normativas, bem como superar os resquícios do sistema clássico de estabelecimento da filiação.

Num primeiro momento, de forma tímida, os pretórios nacionais utilizavam a posse de estado apenas como prova subsidiária a fim de estabelecer a filiação. Aos poucos, ela foi ganhando espaço no mundo jurídico, deixando para trás a simples subsidiariedade para ganhar status de prova autônoma e determinante dos vínculos parentais. Na atualidade, a expressão é corrente no meio judiciário, recebendo, inclusive, grande valoração quando o assunto é determinação de paternidade.

Eis a nova ordem constitucional, a nova família, a nova paternidade.

CAPÍTULO 3 – RECONHECIMENTO, EFEITOS E PREVALÊNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE FRENTE A CONFLITOS DE PATERNIDADE

3.1. Formas de reconhecimento e efeitos

Ultrapassada a análise que objetivou demonstrar a indiscutível relevância do conceito de posse de estado de filho para a determinação da paternidade socioafetiva, cumpre agora delinear os efeitos de ter-se por estabelecida a filiação fundada no afeto.

Consoante retratado no presente trabalho (ponto 1.3. da parte II), duas são as formas de reconhecimento da filiação socioafetiva, a saber, a que se opera voluntariamente e a que se dá por meio de decisão judicial.

O reconhecimento voluntário se opera por ato dos pais, conjunta ou separadamente, no registro de nascimento, podendo, também, ser feito em testamento, em escritura pública, qualquer documento escrito ou até mesmo por manifestação expressa e direta perante o juiz. Os pais comparecem ao cartório de registro civil e lá realizam o ato que, em verdade, espelha o fato jurídico e não propriamente a verdade biológica. E se assim o é, o que acaba por se ter, na verdade, trata-se de uma espécie de adoção de fato.

Sendo desta forma estabelecida a paternidade ou a maternidade, se não mais quiserem os pais apresentar-se como tais - levando-se em consideração que aquele primeiro ato decorreu da vontade destes – pode ser desconstituído o registro? É evidente que não. Só poderá, com a inteligência do artigo 1604¹²¹ do Código Civil, se restar demonstrada a existência de vício na declaração de vontade.

Em outras palavras, será perpétuo e irrevogável o reconhecimento efetuado, só podendo, no máximo, ser anulado, se eivado de algum dos defeitos dos atos jurídicos ou se inobservadas circunstâncias formais¹²². Ora, é mesmo inadmissível que o pai, após ter declarado a paternidade em registro civil, tendo, assim, por consolidada a relação afetiva na forma da posse de estado de filho,

¹²¹ Art. 1604 do CC. “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

¹²² BARROS, Whashington de. **Curso de Direito Civil**, 28 ed., vol. II. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. P. 253.

venha a pretender a negação daquele vínculo paterno, sob a alegação de que inconsistente qualquer vínculo biológico. Se fosse o contrário, teríamos, na verdade, paternidades temporárias.¹²³

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao tratar do tema. Para demonstrar tal alegação, valemo-nos do acórdão abaixo proferido no Recurso Especial de nº 1078285/MS, da Terceira Turma, no voto do Des. Massami Uyeda:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO NUTRIDO DURANTE APROXIMADAMENTE VINTE E DOIS ANOS DE CONVIVÊNCIA QUE CULMINOU COM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PATERNIDADE - VERDADE BIOLÓGICA QUE SE MOSTROU DESINFLUENTE PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE ALIADA AO ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO SOB O ARGUMENTO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - ERRO SUBSTANCIAL AFASTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - PERFILHAÇÃO - IRREVOGABILIDADE - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...] II - O ora recorrente, a despeito de assentar que tinha dúvidas quanto à paternidade que lhe fora imputada, ao argumento de que tivera tão-somente uma relação íntima com a genitora de recorrido e que esta, à época, convivia com outro homem, portou-se como se pai da criança fosse, estabelecendo com ela vínculo de afetividade, e, após aproximadamente vinte e dois anos, tempo suficiente para perscrutar a verdade biológica, reconheceu juridicamente a paternidade daquela;

III - A alegada dúvida sobre a verdade biológica, ainda que não absolutamente dissipada, mostrou-se irrelevante, desinfluyente para que o ora recorrente, incentivado, segundo relata, pela própria família, procedesse ao **reconhecimento** do recorrido como sendo seu filho, oportunidade, repisa-se, em que o vínculo afetivo há muito encontrava-se estabelecido;

[...] V - Admitir, no caso dos autos, a prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo, quando aquele afigurou-se desinfluyente para o **reconhecimento voluntário** da paternidade, seria, por via transversa, permitir a revogação, ao alvedrio do pai-registral, do estado de filiação, o que contraria, inequivocamente, a determinação legal constante do art. 1.610, Código Civil;

VI - Recurso Especial a que se nega provimento.”

(STJ. Resp.1078285/MS. Recurso Especial 2008/0169039-0. Terceira Turma. Des. Massami Uyeda. Julgado em 13/10/2009)

Mais do que apenas se afirmar a impossibilidade de anulação do registro, também se reconheceu aqui a validade deste, com o objetivo primordial de resguardar a verdadeira paternidade, a socioafetiva.

¹²³ VELOSO, Zeno. **Negatória de paternidade – vício de consentimento**. Revista Brasileira de Direito de Família. v. 1, n 3, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out-dez 1999, p. 75.

Não basta que um exame comprove que o filho carrega a carga genética de outro para que venha o registro a ser anulado. Nem pelo pai, nem pelo filho. Isto porque, é de se concluir, que em razão da evolução do Direito de Família no sentido de alocar o afeto como o núcleo do instituto, deve-se dar, indiscutivelmente, prevalência à paternidade socioafetiva. E assim, estando presente o afeto na relação entre pai e filho, a verdadeira paternidade a ser considerada será a afetiva e não a biológica, vez que seria inconcebível, embora haja quem se posicione ao contrário, que alguém pudesse ser tido como o “verdadeiro” pai pelo simples fato de ter se chegado a um resultado positivo no exame de DNA.

Sob a análise da posse de estado de filho, uma vez que o filho conviveu e teve como pai aquele que o registrou por 22 anos, o qual sempre o tratou como tal, sendo, ainda, por terceiros assim conhecido, tem-se por caracterizado o parentesco psicológico caracterizador da filiação socioafetiva, a qual, conforme incessantemente repetido, deve se sobrepor à filiação de sangue.

É importante, ainda, salientar que, apesar de se tratar de um ato unilateral, o Código Civil estabelece em seu artigo 1614¹²⁴ a necessidade do consentimento daquele que será reconhecido se este for maior de dezoito anos, e em sendo menor, poderá este impugnar pelo prazo de quatro anos a contar de sua maioridade.

O preceito, segundo Fachin¹²⁵, tem sua base em espaço jurídico nítido, vez que o que se quer com ele defender é o legítimo interesse. Trata-se de colocar a pessoa como valor primordial a ser tutelado pela ordem jurídica. Na hipótese do filho maior, o interesse prioritário a ser preenchido é o do filho maior; em relação àquele que adquire a maioridade, ocorre que a partir daí a formação do vínculo parental deixa de configurar-se apenas na esfera do ascendente, tendo real importância o interesse do filho. *“Atende-se, aí, ao menos de certo modo, a idéia segundo a qual a paternidade se faz, vale dizer, é mais uma construção permanente e contínua, e é menos um dado previamente estabelecido”*.¹²⁶

De todo o exposto, o que se há de ressaltar é que, em havendo o registro de nascimento aliado à posse de estado de filho, inatacável será a filiação estabelecida.

¹²⁴ Art. 1614 do CC. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

¹²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 138.

¹²⁶ IDEM. p. 139-140.

Assim sendo, deve-se entender por não necessária qualquer forma de averiguação da filiação biológica quando já existente uma filiação afetiva.

Uma segunda forma de reconhecimento de filho é aquela que o pretense pai busca o Poder Judiciário, através da ação declaratória de paternidade socioafetiva. Por sinal, esta demanda tem tudo a ver com o que foi tratado no tópico anterior, a posse de estado de filiação.

Em não existindo o registro de nascimento ou havendo algum defeito, a filiação poderá ser comprovada por qualquer meio de prova admitida em direito, desde que exista começo de prova em escrito ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos, consoante o que dispõe o artigo 1605 do Código Civil.

O reconhecimento da base sociológica da filiação se sustenta na demonstração dos elementos constitutivos da posse de estado de filho. Como bem assevera Fachin:

Ressente-se no Brasil de um necessário movimento de reforma legislativa que, partindo de um novo texto constitucional, possa organizar, no plano da legislação ordinária, um novo sistema de estabelecimento da filiação. [...] Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.¹²⁷

Se presentes os três elementos da posse de estado de filho, materialmente se terá a filiação socioafetiva. E é esta, em verdade, a única forma de garantia da estabilidade do filho, vez que este é reconhecido pelos pais e por toda a sociedade como tal, tendo sido sua vida inteira solidificada e construída com base nesta verdade. A noção de posse de estado de filho mostra-se, assim, como uma realidade suficiente, vez que *“garante a estabilidade social, edificada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano”*.¹²⁸

¹²⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e da paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992. p. 165 - 169.

¹²⁸ WELTER. Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2003. p. 165.

Não há propriamente uma ação para reconhecimento da filiação baseada no afeto, no entanto, ela deve se fundamentar no direito constitucionalmente garantido de que toda pessoa deve poder ter por estabelecida sua verdadeira base parental.

É, na verdade, por força do artigo 1593 do Código Civil que se entende por possível o reconhecimento da paternidade baseada no afeto. Ainda que timidamente, todavia, indubitável, nosso diploma legal deu assento ao elemento sociológico da filiação, sendo, assim, contemplada a possibilidade de interposição de demanda com a pretensão de reconhecer a paternidade que tenha como causa de pedir relação afetiva entre pai e filho.

Neste mote, caminha a jurisprudência nacional no sentido da permissão de ingresso de demanda judicial a fim de reconhecer a filiação socioafetiva, haja vista a relevante realidade sociológica em que consiste a posse de estado de filho, razão pela qual pela órbita jurídica não pode ser desconsiderada.

Em vários julgados tem se manifestado o STJ no sentido de que, se há um reflexo de uma existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos, então poderá se ter por reconhecida a paternidade que se pretende em ação para este fim.

É o que se auferiu de recentíssimo acórdão proferido pela Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido”.

(STJ. Resp. 1189663/RS. Recurso Especial 2010/0067046-9. Terceira Turma. Min. Des. Nancy Andrighi. Julgado em 06/09/2011).

Em muitos votos, ainda, em casos em que há conflito de paternidades¹²⁹, continua o STJ se posicionando no sentido de dar prioridade ao critério biológico de filiação. E isso parece ter uma lógica ainda maior se considerado o fato de a relação socioafetiva nunca ter existido ou ter desaparecido, tendo em vista a inaceitabilidade de se impor os deveres de cuidado, carinho e sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser o pai afetivo.

Todavia, se o afeto persiste de forma que se possa identificar uma relação de mútuo auxílio entre ambas as partes, como uma relação que fora construída baseada primordialmente no respeito e no amparo, a maneira mais correta de se proceder, sem dúvida, é aquela em que se desconsidera o vínculo meramente biológico e se acolhe, com toda segurança, a filiação do afeto. É este o caminho que vem sendo percorrido pelos pretórios de todo o país.

Se o pai, mesmo ciente de que não era o pai biológico, cria seu filho desde o seu nascimento e o reconhece como tal, isto é, não havendo dissenso algum sobre isto durante a convivência, não há fundamento que ampare validamente qualquer questionamento desta paternidade que, devidamente, se consolidou.

Assim como o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva, aquele se dá por meio de decisão judicial também se caracteriza por ser irrevogável.

[...] considerando que a Constituição Federal engendrou a unidade da filiação, assim como a irrevogabilidade da adoção, que é uma forma de filiação socioafetiva (em suas várias modalidades), conclui-se que a filiação socioafetiva também é irrevogável. Isso porque, além de ter assento constitucional, devem ser observados os princípios da prioridade e da prevalência absoluta dos interesses da criança e do adolescente, conforme art. 227, cabeça, da Carta Magna, e arts 1º, 6º, 15º e 19º, entre outros, do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹³⁰

E é mesmo e principalmente pelo objetivo de proteger uma situação que se modificada restaria por prejudicial ao interesse do filho - aqui devendo ser primordialmente considerado - que se reveste de intangibilidade aquela filiação.

Em sendo reconhecido pelos pais, o filho sociológico terá os mesmos direitos dos filhos matrimoniais e adotivos, vez que a Constituição Federal, nos

¹²⁹ Sobre o conflito de paternidades e a prevalência da socioafetiva ver o subtópico 3.3. deste capítulo.

¹³⁰ WELTER. Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2003. p. 193.

termos do artigo 227, § 6º estabeleceu a paridade entre os filhos, não podendo haver entre eles, como já bem asseverado neste trabalho, qualquer tipo de discriminação. Da mesma forma, aos pais é atribuído os mesmos direitos e deveres em relação a seus filhos, de modo a dirigir-lhes criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; exigir que lhes prestem obediência e respeito, dentre outros enumerados no artigo 1634 do Código Civil.

No mais, em havendo extensa disposição sobre a adoção e faltando esta no que concerne à filiação socioafetiva, pelo fato de ambas constituírem espécies de filiação não consanguínea, aqueles dispositivos que dizem respeito à primeira devem ser estendidos ao parentesco socioafetivo no que forem compatíveis. É preciso, porém, deixar claro que, apesar de poderem ambas ser encaixadas dentro do grupo filiação não consanguínea e assim possuírem características similares, elas não se confundem, vez que, dentre as principais diferenças, a adoção tem como fundamento uma declaração judicial que a constitui, enquanto a filiação socioafetiva, quando da sentença será apenas reconhecida, pois já existente.

Dentre os dispositivos referentes à adoção que podem ser estendidos à filiação socioafetiva está o que preceitua a extinção de qualquer vínculo de parentesco com os pais biológicos, permanecendo aquele apenas com os pais sociológicos.¹³¹

Nos termos dos artigos 39 a 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente, concernentes à adoção, são também efeitos jurídicos do julgamento procedente da pretensão declaratória da filiação socioafetiva os seguintes: a declaração do estado de filho; a criação ou a alteração do registro de nascimento; o uso do nome dos pais socioafetivos; relações de parentesco também com os parentes dos pais afetivos; a irrevogabilidade da paternidade ou maternidade que fora reconhecida; a incidência do regime de herança; o poder familiar; a guarda e o sustento do filho; o pagamento de alimentos; o direito de visitas, entre outros.¹³²

Destarte, se assim se reconhece juridicamente aquela relação antes só de fato, resta daí uma filiação produtora de todos os efeitos de qualquer outro tipo de filiação, vez que entre elas não pode haver nenhum tipo de discriminação. Mas e se o afeto e a convivência vêm a cessar de forma que se interrompa a confluência

¹³¹ Art. 1626 do CC. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais.

¹³² WELTER. Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2003. p. 188.

daqueles elementos fáticos da filiação? Por tudo o que fora mencionado, não há outra resposta senão a de que o estado de filho, uma vez adquirido, não se perderá.

3.2. A filiação socioafetiva como instrumento para a concretização da dignidade da pessoa humana

Quando estávamos a falar, no tópico 3.3. da parte I deste trabalho, sobre o princípio da afetividade no campo das relações familiares, destacamos sua origem no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, III da Constituição Federal, macroprincípio por presidir todas as relações jurídicas e submeter à sua observância todo o ordenamento jurídico.

E é partindo do que anteriormente se disse que trataremos, agora, do ponto principal ou o escopo de tudo que foi dito até então: Só se chegará, verdadeiramente, à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana em matéria de Direito de Família, ou, mais especificamente em relação à filiação se for reconhecido o valor jurídico do afeto.

A primeira enunciação do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser atribuída a Immanuel Kant. Isto porque o renomado filósofo foi o primeiro a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor, este entendido como preço, devendo, em verdade, ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional. Transcreve-se, abaixo, um de seus trechos clássicos sobre o tema, retirado de sua obra *“Fundamentação da metafísica dos costumes”*, de 1785:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹³³

Como se vê, já bem antes do reconhecimento da necessária inserção do princípio nos documentos formais de todo o mundo, propunha o filósofo a

¹³³ JUNGES, José Roque. **A concepção kantiana de dignidade humana**. Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/Publicacoes/estudos_juridicosvol40n2/84a87_art06_junges%5Brev_ok%5D.pdf> Acesso em 24 de agosto de 2011.

valorização daquele elemento nato de todo o ser humano. A proposta, bem como todo o sistema protetivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos surgiu muitos anos depois como uma forma de resposta à emergência que se instalou durante o período entre-guerras, no qual predominavam os regimes totalitários, responsáveis, em grande parte, pelos diversos conflitos que abalaram o mundo.

Se no totalitarismo não existiam direitos e a coletividade estava totalmente sujeita à vontade do Estado de forma que a espontaneidade podia ser entendida como perda enquanto mais elementar manifestação da liberdade, é, justamente, na defesa desta em que se funda todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Foi, portanto, na Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, bem como no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial que o princípio se deu por positivado, representando, incontestavelmente, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens, dispostos, por sua vez, do artigo 1º daquele documento.

Para o professor Rizzato Nunes, *“a dignidade nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que o compõe tem que ser respeitado”*.¹³⁴ Em outras palavras, só pelo fato de ser pessoa, todo ser humano possui dignidade.

Não deve ela ser entendida apenas como uma palavra que possui uma conotação ética, na verdade ela tem a expressão, e assim deve ser, de um elemento qualificador, de completude, do ser humano, não podendo dele ser destacado. E mais, tem ela o condão de ser o que *“assegura ao indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais”*.¹³⁵

Entre nós, o macroprincípio foi consagrado em 1988¹³⁶, com a proclamação da Constituição Federal, a qual, por seu turno, tem como fundamentos, preponderantemente, a solidariedade social, a isonomia substancial e a dignidade da pessoa humana.

¹³⁴ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

¹³⁵ BORGES, Rosângela Mara Sartori. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da Não-Discriminação**. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 230 -231.

Antes dela, todavia, muitos são os exemplos de indignidade, e dentro do Direito de Família, pode-se citar, consoante Rodrigo da Cunha Pereira¹³⁷: a) a desigualdade conferida à mulher, colocando-a em uma posição inferior ao homem; b) a proibição do registro do nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se ele não fosse casado; c) o não reconhecimento de outras famílias que não fossem aquelas derivadas de uma união matrimonial, dentre outros.

A partir da Carta Magna, não mais são consideradas a raça, a religião, a condição social, o sexo, a idade, etc., para que o ser humano possa ser respeitado. A pessoa humana passa a ser o enfoque central de tutela e é exatamente isto que garante que cada um possa ansiar por inúmeros projetos existenciais e de felicidade¹³⁸, cabendo ao Estado assegurar condições de realizá-los.

Com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana surgiram outros, também de grande relevância, mas implícitos, como o da afetividade. E assim sendo, constatada a importância basilar do afeto, as categorias até então existentes no Direito de Família, de essência patrimonialista e patriarcal foram sendo substituídas por aquelas que atendiam, de modo a compatibilizarem-se com a Constituição, as necessidades existenciais dos indivíduos.

A crescente valorização do ser humano fez com que as relações familiares ganhassem uma nova carga axiológica, mais voltada ao afeto e menos ao patrimônio e aos laços sanguíneos.

Uma família construída sobre novos parâmetros se fizeram sentir e receberam ampla proteção constitucional, tendo a dignidade e a igualdade como princípios orientadores, assim como a possibilidade de tentar tantas vezes forem necessárias a formação de uma família feliz.¹³⁹

Diante deste novo horizonte, constituindo-se como a base de todos os direitos fundamentais constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana dá sentido a toda a ordem jurídica, a tal ponto que se destruída a de um, haverá,

¹³⁶ Art. 1º da Constituição Federal.

¹³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 100.

¹³⁸ BORGES, Rosângela Mara Sartori. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da Não-Discriminação**. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 232.

¹³⁹ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*/Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 285-256.

também, a destruição do outro. Respeitá-la é meta de toda a humanidade, consistindo este respeito, contudo, não somente numa atuação negativa do Estado de não violação, mas também e, sobretudo, no oferecimento de medidas para a sua promoção.

Neste liame, não há como negar a absoluta ligação existente entre o Direito de Família e o referido princípio, já que a existência dela, sem exagero, é o principal fator no que diz respeito à formação do indivíduo e sua inserção na cidadania. É somente na família que uma pessoa se torna sujeito e se humaniza. Ser excluída desta realidade, inclusive, pode causar efeitos danosos à personalidade do indivíduo.

Logo, a ligação se justifica porque é essencialmente no núcleo familiar que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra o local ideal para se potencializar. Não só ele, mas também outros direitos fundamentais como o da liberdade, igualdade, fraternidade e felicidade, todos estimulados pelo afeto que ali se pode encontrar. Bem já disse Rosana Amara Girardi que *“família, repersonalização e direitos fundamentais têm parentesco etimológico indiscutível”*.¹⁴⁰ É, portanto, no ambiente familiar que poderá ser alcançada e realizada a dignidade dos indivíduos membros.

Fala-se da família como lugar ideal para o pleno desenvolvimento da pessoa, principalmente pelo fato de ser nela onde se pode encontrar o propulsor deste desenvolvimento, o afeto. Este apoio emocional, por sua vez, não se dá em decorrência de um dado sanguíneo ou uma determinação da lei. Este elemento psíquico é construído, de outra forma, diariamente, com a convivência e baseado, principalmente, em um querer.

Neste contexto é que são trazidos, neste momento, os ensinamentos de Muniz e Oliveira¹⁴¹. Para os autores, as relações jurídicas pessoais, de acordo com o que tratem, condicionam direitos e deveres de características especiais. E de modo a tentar explicar isso, lecionam:

¹⁴⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 67.

¹⁴¹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de Família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 32.

O que há de peculiar, portanto, na relação jurídica familiar, é que direitos subjetivos são exercidos e deveres jurídicos são cumpridos através de uma mesma ação do titular do direito e do dever. É que o interesse de quem realiza a ação (um dos cônjuges, o pai) e o interesse da outra pessoa (o outro cônjuge, o filho) são conjuntos, e não separados e recíprocos, como ocorreria em uma relação de tipo sinalagmático.¹⁴²

O que se quer dizer é que dentro da relação jurídica familiar, direitos e deveres não podem ser pensados como se fossem algo realmente disjunto. Assim, é de se entender que quando há amor entre pai e filho, este não só constitui-se como algo imprescindível para o desenvolvimento do filho, mas também, leva a um profundo enriquecimento da vida do pai. Da mesma forma quando se fala em dever de educação e cuidado, à medida que o pai ao proporcionar tais ao filho, não apenas estará atendendo a um interesse deste, mas igualmente, contribuindo para a realização plena de sua personalidade.

E é aqui que entra a questão da paternidade socioafetiva. Só ela e não a paternidade estritamente biológica – considerando que o pai biológico não é ao mesmo tempo afetivo- que possibilita a concretização da dignidade da pessoa, pois é nele que se encontra o amor e o afeto, estes não presentes numa relação em que a ligação se dá por uma mera determinação da genética.

Apenas o amor e não os laços sanguíneos são capazes de promover a doação de um verdadeiro pai que visa o bem de um filho e é aqui que pode se encontrar a base, então, da paternidade socioafetiva.

3.3. Quem é o pai? O conflito entre as paternidades biológica e socioafetiva

No capítulo 3 da parte I do presente estudo, procurou-se, ainda que de forma concisa, tratar das várias espécies de paternidade, ou ainda, o caminho percorrido pelo Direito Brasileiro sobre o tema, analisando o fator caracterizador de cada uma delas, de modo a delinear sua importância na busca do que se tem chamado de verdadeira paternidade.

O objetivo, claramente, foi o de destacar a importância da afetividade no âmbito familiar e, especificamente, nas relações paterno-filiais. Mais ainda, quis se

¹⁴² MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de Família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.p. 33.

mostrar aqui a necessidade de sua consideração quando da atribuição da paternidade.

Quando há correspondência entre as paternidades jurídica, biológica e afetiva – quando alguém é registrado e criado como filho por seus pais biológicos -, grandes problemas não há. Maior reflexão e crítica, no entanto, ocorrem quando uma e outra não se encontram, apontando as vertentes em direções diversas, razão pela qual o Direito acaba sendo chamado a dar uma resposta.

É importante esclarecer que o conflito que aqui se dá atenção não mais se refere à paternidade jurídica e biológica, em vistas do poderoso exame de DNA que afasta qualquer dúvida quanto à procedência genética, bem como em razão da já ultrapassada preocupação exagerada conferida ao matrimônio. O que realmente, agora, nos importa é aquela situação em que a paternidade socioafetiva não corresponde à biológica.

Imagine o seguinte exemplo apresentado por Fachin:

O marido estéril consentiu na inseminação artificial da mulher; posteriormente, dela se separou de fato. A mãe passou a viver em união estável com outro homem, o qual deferiu à criança tratamento de filho. A quem essa criança designará por pai? Pela presunção legal de paternidade, pai jurídico é o marido da mãe. Segundo a origem genética, é pai biológico o doador. E, de acordo com a verdade socioafetiva da filiação, é aquele que tem relação paterno-filial calcada na posse de estado de filho.¹⁴³

Diante de situações como esta, a doutrina é uníssona ao defender uma proposta de harmonia entre o que caracteriza uma ou outra espécie, de forma que haja um equilíbrio entre elas. Não seria correto afirmar que o vínculo afetivo deva ser sempre o único a ser considerado no estabelecimento da paternidade, apesar de quase sempre ser este mesmo o vínculo caracterizador da verdadeira paternidade, vez que nele, com certeza, se encontrará o atendimento e a satisfação daquele que deve ser o norte da tarefa de atribuição: o melhor interesse do filho.

Na verdade, o que ocorre é que a afetividade, devidamente considerada e com o papel que a ela é reservado, faz com que nós nos atentemos a pensar a filiação em termos diversos dos que, até hoje, reinou no mundo jurídico. Assim,

¹⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 51.

*“embora a verdade biológica seja invocada como ponto de partida, as reformas consideram, igualmente, a verdade sócio-afetiva”.*¹⁴⁴

No mesmo sentido Heloísa Helena Barboza¹⁴⁵, que ao tratar sobre o tema destaca a prevalência, em determinados casos, e em razão do melhor interesse da criança, do vínculo sociológico no estabelecimento da paternidade, ainda que na lei ou na história jurídica tenha se preferido notoriamente aquele que se funda no que determina a genética.

Nestes termos, aufere-se do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 19, a seguinte disposição: *“Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta (...)”*, o que, em razão da utilização da palavra *excepcionalmente*, de forma clara, leva-nos à opção do legislador, qual seja, pela predominância do critério biológico. Entendendo, neste contexto, por *família natural* a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25) e *família substituta* aquela a que se passa a pertencer por força do deferimento da guarda, tutela ou adoção (art. 28).

Não obstante seja esta a preferência legal, não é de se fechar os olhos para uma interpretação sistemática, inclusive da mesma norma, que na medida em que tem como um de seus principais mandamentos a observância do melhor interesse da criança, também defende a prevalência da paternidade afetiva em detrimento da biológica, sempre que este se mostrar como o melhor meio de assegurar seus direitos fundamentais.

O que se propõe não é a substituição de um reducionismo por outro, como se pudesse a verdade afetiva se sobrepôr indistintamente sobre qualquer outra. O que se quer é que se encontre um equilíbrio entre uma e outra, sendo imprescindível que se reconheça a importância da afetividade.

Sobre o desafio de solucionar os conflitos que a fragmentação do conceito nos traz, assim leciona Fachin:

Não se trata apenas de uma dilaceração conceitual. Cogita-se de um repensar do sentido e do alcance da paternidade em diversas direções.

¹⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, o Limite entre o Genitor e o Pai.** In: **Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 79.

¹⁴⁵ BARBOZA, Heloísa Helena. **Novas Relações de Filiação e Paternidade.** In: Repensando o Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte; Del Rey, 1999. p. 141.

Nasce, pois, a paternidade plural, emergente da crise que sofreu a percepção tradicional da paternidade e da superação do desenho exclusivamente patrimonial e sucessório da relação paterno-filial. Um universo não suscetível de captação apenas pelos usuais saberes jurídicos. Um desafio que a apresentação desse mundo ainda requer. Uma fotografia cuja moldura está por construir-se.¹⁴⁶

Quando se trata de estado de filiação, como é sabido, deve-se preconizar, sempre, o mandamento constitucional da absoluta prioridade do interesse da criança e do adolescente (art. 227), além ainda da Convenção Internacional de Direitos da Criança da ONU, internalizada ao Direito Pátrio, no mesmo sentido.

E, desta forma, o princípio do melhor interesse da criança mostra-se, e assim deve ser considerado pelos magistrados, como a direção a ser tomada na solução de conflitos de filiação; o critério significativo e decisivo quando se trata de filhos, estes, sem dúvida, os seres prioritários da relação. Não se trata de um mero indicativo para aplicação do Direito, mais do que isso, trata-se de uma norma cogente, um princípio especial.¹⁴⁷

E tudo tem a ver o princípio do melhor interesse da criança com a filiação socioafetiva, bem como o acolhimento jurídico do afeto, escopo do presente trabalho, vez que, se antes quando de um conflito entre filiação biológica e afetiva, a prática jurídica tendia para a primeira, pois o interesse que aqui prevalecia era o dos pais biológicos, com a mudança do paradigma e a conseqüente imposição do princípio em questão, para melhor realização pessoal do menor deve-se ater à filiação do afeto.¹⁴⁸

E é mesmo na filiação socioafetiva que o melhor interesse da criança será encontrado, ou seja, exatamente onde há amor, carinho, cuidado e convivência. O que significam os laços de sangue diante da expressiva relevância do vínculo de afetividade surgido e cultivado entre pais e filhos?

¹⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 63-64.

¹⁴⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **Da adoção**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3º ed, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 166.

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**.

Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>> Acesso em 19 de maio de 2011.

E assim reconhecido o valor primordial do afeto no estabelecimento da filiação, cabe aos magistrados, tendo em vista que a base legal não dispõe sobre isto expressamente, atentarem às mudanças no âmbito familiar para que melhor possam aplicar o justo direito ao caso concreto. Ao juiz de família, neste contexto, numa relevante posição social, cabe a tarefa de oferecer a devida tutela à realidade social que atinge, dia após dia, o Direito. Nas lições de Fachin:

Novos tempos, novos juízes: a família se transforma na renovação dos conceitos captados dos fatos e das mudanças sociais. O juiz da família se abre para acolher a vida e a realidade: um passo e um desafio. O futuro dirá onde marchará o destino reservado pelos tribunais às relações paterno-filiais, calcadas no afeto e no amor.¹⁴⁹

Deste modo, em contraposição às omissões legais quanto à posse de estado de filho, atentos aos novos valores, os tribunais pátrios, assim como a doutrina, vêm desempenhando papel determinante na solução dos conflitos de filiação, sendo, ainda mais, fundamentais quando se trata de introduzir, de uma vez por todas, a filiação baseada no afeto em nosso sistema jurídico.

Para Eduardo Cambi:

[...] para bem julgar, os magistrados não precisam ter apenas o conhecimento apurado dos fatos: a certeza produzida pela prova de DNA não é suficiente para a produção dos resultados satisfatórios no plano do direito de família. A interpretação deste ramo do direito exige muita compreensão do ser humano, a fim de que o amor e o afeto possam ser considerados como fundamentos mais importantes para a realização do homem em sua vida em sociedade.¹⁵⁰

Privilegiar a verdade sociológica é interpretar a lei conforme os princípios da Constituição Federal, na qual se tem a figura de uma família calcada no afeto, em que seus membros integrantes são valorizados como sujeito, atendo-se, primordialmente à dignidade da pessoa humana e ao melhor interesse da criança e do adolescente.

¹⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Del Rey, 1996. p. 78.

¹⁵⁰ CAMBI, Accácio Eduardo. **O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan-março de 2003. P. 87-88.

E é assim que tem se mostrado a jurisprudência nacional nos últimos anos, preocupando-se em considerar o vínculo afetivo da paternidade e reconhecendo, assim, a insuficiência da paternidade biológica. Neste sentido é aqui se colaciona trechos de alguns Acórdãos de importante tribunal do País:

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INOCORRÊNCIA. Caso de sentença que, em ação de investigação de paternidade, julgou improcedente o pedido, mesmo em face de exame de DNA que apontou inexistência de vínculo biológico, dando prevalência a paternidade socioafetiva Hipótese que não caracteriza violação literal a qualquer dispositivo legal. JULGARAM IMPROCEDENTE.
(TJRS. Ação Rescisória Nº 70041656729, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/08/2011)

FAMÍLIA. NEGATIVA DE PATERNIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. VÍNCULO DE PARENTALIDADE. PREVALÊNCIA DA REALIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE, DECLARAÇÃO DE VONTADE IRRETRATÁVEL. EXEGESE DO ART. 1.609 DO CCB/02. AÇÃO IMPROCEDENTE, SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
(TJRS. Apelação Cível Nº 70037911526, Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 30/09/2010)

Também é este o entendimento prevalente do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita, no Recurso Especial 1087163/RJ, no qual foi Relatora a Desembargadora Nancy Andrichi:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório),

que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido.

(STJ. Resp. 1087163/RJ. Recurso Especial 2008/0189743-0. Terceira Turma. Min. Des. Nancy Andrighi. Julgado em 18/08/2011)

De outra parte, há ainda, vez que a matéria é por deveras complexa, alguns julgados em sentido diverso, que, ponderando entre as duas paternidades que se apresentam diante de um caso concreto, acabam por fazer prevalecer a biológica em detrimento da afetiva. Todavia, é importante asseverar, e isso se mostra, com certeza, como uma conquista da doutrina, que mesmo aqueles têm reconhecido, ou melhor, não desprezado o valor da afetividade. É o que se nota no seguinte julgado:

INÉPCIA DA INICIAL - NEGATÓRIA E INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE - Cumulação de ação de anulação de registro civil contra o pai registral com investigação de filiação quanto ao indigitado e verdadeiro pai - Incidência dos princípios da *mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit cúria* - Apelo, ademais, que atendeu a todos os pressupostos de admissibilidade - Preliminares rejeitadas. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - MENOR - Conflito do princípio da verdade real com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente - Confronto entre a paternidade biológica e a que resulta da relação socioafetiva - Prevalência daquela que mais bem atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também ao princípio do interesse primordial da criança, ante sua condição especial de criança em desenvolvimento, o qual decorre daquele princípio maior - Menor que manifestou afeto por ambos os pais, tanto o registral, como o biológico - Acolhimento do infante no lar do pai biológico, que, ademais, tem outro filho maior - Vínculo que se estabeleceu entre o menor e o pai registral que não pode ser considerado duradouro, já que perdurou por 2 anos - Procedência mantida, no caso, ante as peculiaridades que o envolvem, para que prevaleça a paternidade decorrente do vínculo genético - Recurso não provido.

(TJSP. Apelação 005791-76.2008.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Silvério Ribeiro. Julgado em 07/10/2009).

No caso, não foi desprezado o atual posicionamento do Direito de Família contemporâneo sobre da verdadeira paternidade, fundada no afeto, a qual tem como novo personagem o pai social ao lado do biológico, bem como daquele que deriva

da presunção *pater is est*. Tanto isto é verdade que, inclusive, no referido Acórdão o desembargador relator cita o seguinte trecho do já mencionado autor Belmiro Welter:

O ser humano é um modo de ser, um jeito de ser, um existencial, uma realidade da vida, que caracteriza o modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo (des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, os quais à toda evidência, são irrevogáveis (...). Com efeito, quando Lacan refere que há necessidade do exercício da função de pai, ele não quer dizer que essa função é exercida após o reconhecimento da paternidade/maternidade, mas, evidentemente, quando do modo de ser-em-família, anteriormente, portanto, do acolhimento da verdadeira filiação, genética ou afetiva.¹⁵¹

No caso em análise, o filho nutria afeto em relação a ambos os pais, tanto o biológico como o afetivo/registral, isto é, seu pai de sangue também é de coração. Destaca o relator que os fatores determinantes para que fosse decidido pela paternidade biológica foram o fato do filho possuir apenas 5 anos e a vontade da genitora de que uma situação que estava consolidada se modificasse, além ainda da convivência não duradoura (apenas 2 anos) entre o filho e seu pai registral. Aqui, como se vê, não foi deixado de lado o fator *afeto*, vez que, no caso, havia coincidência entre paternidade biológica e afetiva. Eis o referido equilíbrio que se deve buscar.

Bem já disse Ruy Rosado:

O DNA pode dizer: “é filho”, e a verdade socioafetiva dizer “não é filho”. O DNA pode dizer “não é filho”, e a verdade socioafetiva dizer: “é filho”. O registro pode dizer “é filho de A”, e a verdade socioafetiva dizer “é filho de B”. A verdade socioafetiva é maior que o DNA. Em nome do DNA pode-se passar por cima da coisa julgada. Mas em nome da verdade socioafetiva pode-se passar por cima do DNA. Supera-se ou não se supera a coisa julgada. Supera-se ou não se supera a decadência. Tudo vai depender da verdade socioafetiva. Se há paternidade – filiação socioafetiva, cessa toda a investigação. É a vitória do afeto sobre o formal. É a vitória do afeto sobre o documento. É a vitória do afeto sobre a biologia genética. É o direito voltando seus olhos para valores espirituais e abandonando o materialismo, o formalismo e o legalismo.¹⁵²

¹⁵¹ WELTER, Belmiro Pedro. **Fenomenologia no Direito de Família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva**. In: Direito de Família - Processo, Teoria e Prática. Coordenadores: Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1ª edição. 2008. p. 196.

¹⁵² Trecho do voto proferido em Embargos Infringentes n. 70004913323, do TJRS, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, em março de 2003. Disponível em <www.tjrs.gov.br> Acesso em 03 de setembro de 2011.

A afetividade é a direção a ser seguida pelo julgador, *“pois as coisas devem pertencer a quem cuida bem delas, as crianças às mulheres mais ternas para crescerem belas, a carruagem ao melhor cocheiro para bem viajar e o vale aos que souberem irrigar para bons frutos dar”*.¹⁵³

Os novos tempos são da paternidade do afeto, estando ela isolada ou coincidindo com a biológica. A verdade biológica, com certeza, terá sempre seu valor, no entanto, sendo confrontada com a verdade do afeto, esta é que há de prevalecer. Estando reunidas as duas, serão sopesados os outros elementos do caso concreto. Tudo em função da garantia do melhor interesse do filho, manutenção de sua estabilidade dentro do contexto familiar e tutela de sua dignidade enquanto pessoa humana. É o que se quis mostrar no presente trabalho.

¹⁵³ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 177.

CONCLUSÃO

Ao final da análise a respeito da filiação socioafetiva, tendo-se perpassado os mais importantes princípios constitucionais responsáveis por informarem o tema, cabe, a guisa de uma conclusão, refletir sobre a situação do filho da múltipla paternidade, bem como o que mais poderá lhe servir no sentido de tutela de seu melhor interesse e concretização de sua dignidade. Tendo sido apresentada, aqui, a paternidade socioafetiva, realidade que salta às simples enunciações dos códigos, mais do evidente se mostra, ao seu lado, a demarcação do espaço conquistado por um Direito de Família Constitucional.

Para atingir-se o ponto de chegada pretendido, foram estudadas as mudanças ocorridas dentro do Direito de Família em razão da nova configuração dada a ele pela Constituição Federal. Como demonstrado ao longo do trabalho, novos valores foram incorporados à Carta Maior, e pelo fato desta ser o núcleo orientador de todo o ordenamento jurídico, um novo direito das relações familiares acabou por ganhar espaço, principalmente, por ter-se dado à dignidade da pessoa humana a posição de princípio regente do sistema. O indivíduo passa, então, a ser recolocado no centro das relações jurídicas, e os laços afetivos se sobrepõem a qualquer outro vínculo capaz de unir os sujeitos.

Neste sentido, a família, perdendo seu caráter de instituição patrimonial, procriativa, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, reencontra, ao mesmo tempo, uma nova configuração, que, baseada no princípio da afetividade, busca, em primeiro lugar, a realização e a felicidade dos seus membros. Deixa de se revelar como uma instituição com um fim em si mesma e passa a ser um instrumento para o desenvolvimento e proteção daquele em que dela fizer parte.

Outros fatores também influenciaram na derrocada daquele já ultrapassado sistema, estes, também, tratados no presente estudo. Assim, da mesma forma, não há como ignorar os avanços tecnológicos ocorridos na engenharia genética, que, por priorizar a busca da verdadeira paternidade, fez cair por terra o clássico sistema de estabelecimento da paternidade, representado pela presunção *pater is est*. Daqui, então, passam a ser consideradas duas formas de ser filho, a estabelecida pelo ordenamento e a que deriva de exames quase que absolutos acerca da descendência genética.

E se a preponderância do critério biologista sobre o jurídico se deu por evidente, não da mesma forma acontece quando se trata de conflito entre a paternidade biológica e a afetiva. Com a instituição da família eudemonista e a conseqüente busca por uma paternidade que atendesse ao que dispõe a Constituição no que concerne à proteção dos interesses dos integrantes do grupo familiar, até mesmo aquela em que restava comprovada cientificamente passou a ser questionada.

Era quase que impossível não reconhecer a verdade biológica com os exames que foram descobertos, até mesmo quando a paternidade já havia sido estabelecida por aquele sistema de ficções. Entretanto, toda a força desta verdade biologista, com o surgimento da paternidade baseada no afeto, perdeu a indiscutível superioridade que até então detinha. Ser filho pela única razão de estar ligado ao pai geneticamente não mais era suficiente no que dizia respeito à revelação e sustentação da paternidade. Para, efetivamente, poder-se falar em relação paterno-filial, imprescindível a existência de uma filiação vivenciada de fato, a qual, por sua vez, encontra sua base na “posse de estado de filho”.

Adentrando no terreno do estabelecimento socioafetivo da paternidade, foi, ainda, trazido em algumas breves linhas, os princípios-bases deste novo critério, quais sejam, o da afetividade, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana; o da paternidade responsável e o do melhor interesse da criança e do adolescente. Tudo sempre à luz da premissa fundamental base do trabalho, a da constitucionalização e repersonalização do Direito de Família.

E assim, na busca de tentar mostrar a insuficiência da certeza genética da descendência para revelar a base real da filiação, de outra parte, frisa-se o caráter da paternidade como algo construído, moldada pelos laços do amor e da solidariedade. E é assim que, prestigiando o aspecto sociológico, as portas do Direito de Família abrem-se ao acolhimento da filiação como realidade socioafetiva.

Nesta perspectiva é que se recupera a noção de posse de estado de filho. O tratamento despendido no sentido de considerar o indivíduo como filho, o chamamento como pai, o nome deste que ao filho se atribui e a reputação da criança no meio social são, dentro daqueles termos, os elementos constitutivos desta nova base da filiação que aqui se quis destacar. E por ser assim reconhecido como filho pelos pais e pela sociedade é que a noção de posse de estado, muitas vezes, mostra-se como a única verdade capaz de revelar quem verdadeiramente

pode ser tido como pai, assim como reconhecer o estado de filiação no qual se solidificou e se construiu a vida da criança.

Em outras palavras, é somente com o reconhecimento pelo nosso direito da posse de estado de filho como prova da filiação, dando-lhe a força criadora da paternidade que lhe convém, que se poderá, efetivamente e de forma justa, se solucionar os conflitos de paternidades. E no que tange à posse de estado, ainda, procurou-se deixar claro que sua função não se configura apenas secundariamente como forma de reforçar a verdade biológica; mais do que isso, deve-se reconhecer sua capacidade de estabelecer a paternidade mesmo quando a relação for formada unicamente pelo vínculo afetivo.

Não há, no Código Civil de 2002, nenhuma disposição expressa sobre a posse de estado de filiação. Não obstante isto, há, sem dúvida, neste mesmo diploma legal, uma abertura significativa ao desenvolvimento da filiação do afeto, vez que foi contemplado pelo artigo 1.593 as relações de parentesco de outra origem não consanguínea. Eis o espaço – no sistema positivo - que se fazia necessário ao tema da afetividade.

E é por permissão também deste artigo, mas, muito mais pelos princípios constitucionais e pelo caráter de repersonalização atribuído por força destes ao Direito Civil de Família, que entende-se por garantido o direito do filho de ser estabelecida sua verdadeira base parental, seja ela biológica ou afetiva. Destaque-se, ainda, o papel da jurisprudência pátria, bem como da doutrina, os quais vêm desempenhando papel fundamental de atenuação das lacunas existentes no Código em relação à matéria.

A reflexão levada a efeito neste trabalho monográfico demonstrou, sobretudo, que o principal mérito do fenômeno da constitucionalização do Direito de Família foi o de inserir a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, como ponto principal a ser protegido, consagrando-se, em função disto, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República.

E em sua posição de inferioridade e respeito é que a normativa infra-constitucional deve, além de obedecer este preceito, buscar promovê-lo, de modo a, efetivamente, concretizá-lo.

Ao final do caminho percorrido e tendo atingido o fim inicialmente proposto, a conclusão que se aqui se cabe é no sentido de que em havendo surgido uma nova família, surgiu com ela, também, uma nova filiação. E, em sendo aquela família a

que melhor atende os interesses existenciais de seus membros, visto que focada numa nova ordem constitucional, também esta nova filiação da Lei Maior derivada, pode ser capaz de uma melhor tutela de pais e filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro**. Revista de Direito Civil, nº. 63. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1993. p. 45-56.

ARNAUD, André- Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Problemas jurídicos da procriação assistida**. Revista Forense, vol. 328, out/dez. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1994.

BARBOZA, Heloísa Helena. **Novas Relações de Filiação e Paternidade**. In: Repensando o Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. In: Direito de Família: a família na travessia do milênio. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

BARROS, Whashington de. **Curso de Direito Civil**. 28 ed., vol. II. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade. Posse de Estado de Filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOFF, Leonardo. **Cuidado: o ethos do humano**. In FERREIRA, Gina e FÔNSECA, Paulo (organizadores). Conversando em Casa. Rio de Janeiro: 7Letras, 2000.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da Não-Discriminação**. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado Federal. 1988.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan 2002.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

CAMBI, Accácio Eduardo. **O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan-março de 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo/Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CURY, M., SILVA, A. F. do A. e; MENDEZ, E. G. et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

DELINSKI, Julie Cristine. **A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”**. Curitiba. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1ado%E7%E3o e a espera do amor.pdf> Acesso em 13 de maio de 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**, 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Novos tempos, novos termos.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=121>> Acesso em 13 de maio de 2011.

_____. **Quem é o pai?** Em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf> Acesso em 13 de maio de 2011.

_____. **Alimentos e paternidade responsável.** Disponível em <<http://www.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=9915>> Acesso em 13 de maio de 2011.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Disponível em <<http://www.moreira.pro.br/textose37.htm>> Acesso em 11 de abril de 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Del Rey, 1996

_____. **Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.17, p. 7-35, abr./maio 2003. p.24.

_____. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Estabelecimento da filiação e da paternidade presumida.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992.

_____. **Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil.** Revista de Estudos Jurídicos, v. II, n.1, p.101, ago.1995.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Afiliação – o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Direito Civil – Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Sobre peixes e afetos**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=286> Acesso em 14 de maio de 2011.

_____. **Tendências do direito civil no século XXI**. Conferência de encerramento proferida em 21.09.2001, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pela PUC/MG. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=15> Acesso em 11 de abril de 2011.

JUNGES, José Roque. **A concepção kantiana de dignidade humana**. Disponível em: http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/Publicacoes/estudos_juridicosvol40n2/84a87_art06_junges%5Brev ok%5D.pdf Acesso em 24 de agosto de 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. **Direito Civil Aplicado**. Volume 5: Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Exame de DNA, ou, Limite entre O Genitor e o Pai**, In: Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro; Forense, 2002.

_____. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, Vol. XVI.**/ Álvaro Villaça Azevedo (coord.) São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>> Acesso em 19 de maio de 2011.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>> Acesso em 19 de maio de 2011.

_____. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>> Acesso em 19 de maio de 2011.

_____. **Direito Civil: Famílias** – 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil.** V.1. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas no Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil constitucional.** Disponível em: <[http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional - Maria_Celina_B_Moraes.pdf](http://www.fae2009.kit.net/CaminhosDireitoCivilConstitucional_-_Maria_Celina_B_Moraes.pdf)> Acesso em 29 de abril de 2011.

MOURA, Mário Aguiar de. **Tratado prático de filiação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1984.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de Família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família do Século XXI**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub07.html> Acesso em 11 de abril de 2011.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Da adoção**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3º ed, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. **O melhor interesse da criança : um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

Site do Ministério Público do Rio Grande do Sul. **A criança, o adolescente e a lei: aspectos históricos, a infância como prioridade e os direitos da criança**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id615.htm>> Acesso em 27 de maio de 2011.

Site do Superior Tribunal de Justiça. <www.stj.jus.br> Acesso em 20 de junho de 2011.

Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. <www.tjrs.jus.br> Acesso em 03 de setembro de 2011.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=308>> Acesso em 13 de maio de 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1997, p. 537.

VELOSO, Zeno. **A dessacralização do DNA**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Negatória de paternidade – vício de consentimento.** Revista Brasileira de Direito de Família. v. 1, n 3, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out-dez 1999.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VERCELLONE, Paolo. **As Novas Famílias.** In: Direitos de família e do Menor./Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, maio, 1979, p. 401-419.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Fenomenologia no Direito de Família: o direito à investigação e o não-direito à negação da paternidade/maternidade genética e afetiva.** In: Direito de Família - Processo, Teoria e Prática. Coordenadores: Rolf Madaleno e Rodrigo da Cunha Pereira. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1ª edição. 2008.